

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'APPORTEUR EN NATURE

DANS LES
SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

SES DEVOIRS ET SES DROITS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 29 Juin 1901

PAR

Alphonse AMIEUX

Avocat

Lauréat de la Faculté de droit

Lauréat de la Société d'économie politique de Lyon



LYON

IMPRIMERIE A. STORCK & C^{ie}

8, Rue de la Méditerranée, 8

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'APPORTEUR EN NATURE

DANS LES
SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

SES DEVOIRS ET SES DROITS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 29 Juin 1901

PAR

Alphonse AMIEUX

Avocat

Lauréat de la Faculté de droit

Lauréat de la Société d'économie politique de Lyon

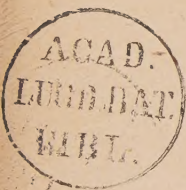


LYON

IMPRIMERIE A. STORCK & C^{ie}

8, Rue de la Méditerranée, 8

1901



UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

- MM. CAILLEMER, O. *, I. O, doyen, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.
- MABIRE, *, I. O, professeur honoraire.
- THALLER, I. O, professeur honoraire.
- AUDIBERT, I. O, professeur honoraire.
- GARRAUD, I. O, professeur de Droit criminel.
- APPLETON (Charles), I. O, professeur de Droit romain.
- FLURER, I. O, professeur de Droit civil, assesseur du doyen.
- ROUGIER, * I. O, professeur d'Économie politique.
- COHENDY, * I. O, professeur de Droit commercial.
- PIC, O, I. O, professeur de Droit international public.
- BARTIN, I. O, professeur de Droit civil.
- APPLETON (Jean), A. O, professeur de Droit administratif.
- LAMBERT, professeur d'Histoire du Droit, chargé du cours de Droit civil comparé.
- BOUVIER, professeur-adjoint, chargé du cours de Science et de Législation financières et du cours d'Éléments du Droit constitutionnel.
- LAMEIRE, agrégé, chargé des cours d'Histoire du Droit public, de Droit administratif (doctorat politique) et de Principes généraux du Droit public.
- JOSSERAND, agrégé, chargé des cours de Procédure civile, de Voies d'Exécution et de Droit civil approfondi.
- BRÜILHET, agrégé, chargé du cours d'Histoire des Doctrines économiques, d'Économie politique (doctorat politique) et de Législation et Économies rurales.
- HUVELIN, agrégé, chargé des cours de Droit romain et d'Épigraphie juridique.
- BECQ (J.), A. O, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

MM. COHENDY, *Président.*

LAMBERT,	} <i>Assesseurs.</i>
JOSSERAND,	

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

BIBLIOGRAPHIE

A. — Droit français.

AVOND. — De la part de fondateur. Thèse Lyon, 1898-1899.

BÉDARRIDE. — Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés. Paris-Aix, 1871.

— Des sociétés. Paris, 1878, 3 vol.

BERTON. — Responsabilité des fondateurs et des commissaires de surveillance dans la société anonyme. Paris, 1882.

BESLAY ET LAURAS. — Des sociétés en commandite par actions : loi du 24 juillet 1867, Paris, 1869.

BEUDANT. — De la constitution des sociétés par actions.

— *Revue critique*, année 1870, t. XXXVI, p. 112.

BOISTEL. — Précis de droit commercial, 3^e éd.

BONFILS. — *Revue critique*, année 1893, p. 401 et s. Examen doctrinal.

BOUSQUET. — *Journal des sociétés*, 1883, p. 746. — De la part de fondateur dans la société anonyme.

BOUSQUET-PONTIÉ. — Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale et les droits individuels de l'actionnaire. Thèse Toulouse, 1899.

BOUVIER-BANGILLON. — La législation nouvelle sur les sociétés. Loi du 1^{er} août 1893. Commentaire. Paris, 1894.

- BUCHÈRE. — *Revue des sociétés*, 1882, p. 120. — De l'attribution d'actions non libérées faite au profit des fondateurs de la société en représentation de leurs apports.
- COHENDEY ET DARRAS. — Code de commerce annoté. Paris, 1901.
- DELOISON. — Traité des sociétés commerciales. Paris, 1882, t. I.
— Examen critique du projet de loi sur les sociétés et du rapport de la commission sénatoriale. Paris 1885.
- DURANDY. — Les assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes. Thèse. Nice, 1893.
- FLAMARION. — Des fondateurs de sociétés anonymes, Thèse Dijon, 1890.
- FLOUCAUD-PENARDILLE. — Les sociétés par actions. Paris, t. II.
- GENEVOIS. — Régime des Sociétés. Commentaire de la loi du 1^{re} août 1893. 3 vol., Paris, 1894-1895.
- GODIN. — Des titres attribués aux fondateurs dans les sociétés anonymes. Actions d'apport. Parts de fondateur. Lille, 1897.
- HOUPIN. — Traité des sociétés civiles et commerciales, 3^e édition, 1899, t. I.
- JACQUANT. — Examen critique du projet de loi sur les sociétés par actions. Paris, 1886.
- LARUE. — Responsabilité des fondateurs, des administrateurs et des commissaires de surveillance de la société anonyme. Paris, 1883.
- LECOUTURIER. — *Revue critique*, 1897, p. 164. De la part de fondateur.
- LYON, CAEN ET RENAULT. — Traité de droit commercial, 2^e édition, 1892, t. II.
- MATHIEU ET BOURGUIGNAT. — Commentaire de la loi sur les sociétés, des 24-29 juillet 1867. Paris 1868.
- PERCEROU. — Des fondateurs de sociétés anonymes. Thèse Dijon, 1896.
- PONT. — Sociétés commerciales.
- RATAUD. — *Revue critique de législation*, 1882. Examen doctrinal.

- ROUSSEAU. — Répertoire alphabétique en matière de sociétés commerciales.
- Des sociétés commerciales françaises et étrangères. Paris 1878, 2 v.
- Manuel pratique des sociétés par actions. Paris 1896.
- Étude sur les parts de fondateur. Paris, 1899.
- RUBEN DE COUDER. — Dictionnaire de droit commercial, 1877-1881. V^o Société anonyme en commandite.
- Supplément 1897.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial, 2^e édition.
- Des nouvelles pratiques financières suivies en matière de sociétés. Paris 1881. Voyez aussi *Revue critique*, 1881, p. 619.
- Journal des Sociétés*, 1884, p. 250, 397, 727; 1885, p. 505. De la réforme de la loi sur les sociétés par actions.
- TONNELIER. — De l'apport en nature dans les sociétés par actions. Thèse Paris, 1884.
- VAVASSEUR. — Traité des sociétés civiles et commerciales, 4^e édition.

PROJET DE LOI

- Journal des Sociétés*, 1880-1884, p. 483. Projet de loi sur les sociétés par actions.
- BOZÉRIAN. — Rapport au Sénat sur le projet de loi. *Journal des Sociétés*, 1884, p. 740.

NOTES

- LABBÉ, sous S. 84, I, 499.
- LYON-CAEN, sous Paris, 18 février 1881. S. 81, 2, 97.
- PONCET, sous Paris, 10 mai 1883. S. 84, II, 6.
- VALÉRY, sous Paris, 5 novembre 1894. D. 93, II, 297.
- WAHL, sous Cas., 18 octobre 1899. S. 1901, I, 81.

REVUES ET PERIODIQUES

Annales de droit commercial.

Dalloz-Périodique et Répertoire suppl.

Le Droit.

France judiciaire.

Journal des Sociétés.

Journal des Tribunaux de commerce.

Jurisprudence de la Cour de Lyon.

La Loi.

Pandectes françaises.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue générale du Droit.

Revue pratique.

Revue des Sociétés.

Sirey-Périodique.

B. — Droit étranger.

a) CODES

Code de commerce allemand traduit par Gide, Flach, Lyon-Caen et Dietz, 1881. Paris.

Code de commerce allemand, traduit par Carpentier, 1896. Paris.

Code de commerce allemand, traduit par Carpentier, 1901. Paris.

Code espagnol, traduit par H. Prudhomme. Paris, 1893.

Code hongrois, traduit par Raoul de la Grasserie. Paris, 1894.

Code italien, traduit par Marey. Nice, 1883.

Code italien, traduit par Turrel. Paris, 1892.

Code portugais, traduit par Lehr. Paris, 1889.

Code roumain, traduit par Jean Bohl. Paris, 1895.

b) TRAITÉS

Allemagne.

- BING. — Société anonyme en droit allemand, 1892, Paris.
GAREIS. — Das deutsche Handelsrecht. Berlin, 1888.
J. KIESSER. — Zur Revision des Handelsgesetzbuchs. Stuttgart,
2 vol.
KARL LEHMANN. — Das Recht des Aktiengesellschaften. Berlin,
1898.
VITALEVI. — Legge tedesca sulle società in accomandita per
azioni et sulle società anonime, 1884-1885.

Angleterre.

- DESTRUELS. — Législation anglaise sur les sociétés anonymes.

Belgique.

- G. BELTJENS. — Encyclopédie du droit commercial belge.
Namur 1899.
J. GUILLERY. — Des sociétés commerciales en Belgique. 2^e éd.
Bruxelles, 1882-1883, 3 v.
P. NAMUR. — Code de commerce belge révisé, interprété par les
travaux préparatoires, Bruxelles, 1876-1877, 3 v.
NYSENS ET HERMANN DE BAETS. — Commentaire législatif du code
de commerce belge, Bruxelles, 1881.
A. SIVILLE. — Traité des sociétés anonymes belges régies par
le Code de commerce, Bruxelles et Paris, 1898, 2 v.
VAVASSEUR. — La loi belge du 18 mai 1873 comparée à la loi
française du 24 juillet 1867, Paris, 1875.

Italie.

BING. -- La société anonyme en droit italien.

LUIGI FRANCHI. — Manuale del diritto commerciale italiano,
Torino, 1890, t. I.

A. MARGHERI. — Il diritto commerciale italiano. Napoli, 2^e éd.,
1886.

INTRODUCTION

Le développement prodigieux et continu du commerce et de l'industrie, l'extension toujours croissante des grandes entreprises financières exigent des capitaux de plus en plus considérables ; les biens d'une seule personne ne sauraient y suffire : force est donc de grouper les ressources de plusieurs individus, de les mettre en commun, de recourir à la société pour subvenir à des besoins toujours plus grands.

Une forme de société, parmi celles indiquées par nos lois, la société par actions (en commandite ou anonyme), a paru plus propice que toutes autres à la réunion de grands capitaux : le nombre des organismes de ce genre s'est accru d'une manière considérable ; car les associés n'engagent que des capitaux : ils savent que si la société fait de mauvaises affaires, leur perte sera limitée à la somme apportée par eux. Dans le cas contraire, ils toucheront une part importante dans les bénéfices : ces deux faits : limitation de la responsabilité, espoir d'un gain plus important, expliquent la faveur avec laquelle ces sociétés sont accueillies par le public : elles constituent

d'excellents instruments pour le développement industriel ou commercial ou pour l'augmentation de la richesse d'un pays.

Mais la facilité relative qu'offrent ces groupements de capitaux peut tenter des individus sans scrupules, qui ne voient là qu'une occasion de réaliser un bénéfice considérable et malhonnête. Certains moments sont plus propices que d'autres pour la mise en œuvre de ces spéculations : la plupart du temps c'est par la constitution même de la société que l'on essaie de les réaliser.

Et parmi les manœuvres frauduleuses employées pour attirer les capitaux, celles qui portent sur les apports en nature se rencontrent fréquemment : exagération de la valeur de ces biens, parfois même, apport de biens qui n'existent pas ou qui n'ont aucune valeur et en échange desquels le soi-disant apporteur se fait attribuer le plus grand nombre d'actions possibles, ce sont les fraudes les plus répandues.

De l'examen de la jurisprudence il résulte en effet que ces procédés réussissent la plupart du temps ; le public se laisse tromper et, bien souvent, par les moyens les plus grossiers. Cette situation constitue un véritable danger social, d'autant plus grand qu'il croît en raison directe du développement des sociétés. Il était moindre sous l'empire de la loi de 1867, alors que le taux minimum des actions était beaucoup moins élevé qu'aujourd'hui. En tous cas si la société périssait, la perte était limitée quant au nombre des personnes qu'elle atteignait, et quant à ses effets. Quant au nombre des personnes atteintes, car pour un capital déterminé le nombre des actions était moins considérable, leur taux étant plus élevé.

Quant à ses effets, car il fallait pour souscrire une fortune plus considérable qu'aujourd'hui (les actions en effet coûtaient plus cher) : le contre-coup de la faillite d'une société se faisait moins rudement sentir.

La situation est bien différente depuis la loi de 1893 : de nos jours l'accès des sociétés par actions est offert à tous les capitaux, même aux plus modestes ; le taux minimum des actions est, en effet, de 25 francs ; les sociétés doivent donc comprendre : 1° un plus grand nombre de membres ; et 2° des associés dont la fortune est en général assez petite.

Ces deux faits permettent de comprendre que si la société périclite, les conséquences de sa faillite seront beaucoup plus graves qu'avant 1867. Le nombre des victimes sera plus considérable puisque les associés sont plus nombreux. Elles seront plus durement frappées. En effet, la loi du 1^{er} août 1893, en abaissant le taux de l'action, attire vers les sociétés toutes les ressources même les plus minimales : des pertes qui seraient insignifiantes pour de grosses fortunes seront très vivement ressenties par de petites. La ruine de la société risque d'en entraîner beaucoup d'autres.

Déjà la loi de 1867 avait essayé de prévenir de telles catastrophes. La loi de 1893 qui, à cet égard, augmentait les dangers, devait renforcer les mesures préventives prises en 1867 contre l'apporteur.

La tâche était ardue. Plusieurs intérêts se trouvaient en présence : celui du public appelé à entrer en relations avec la société, intérêt de défense ; celui du public commerçant ou industriel ayant à grouper les capitaux pour les utiliser et qui aurait été gêné par des mesures trop

rigoureuses tendant à écarter les apporteurs ; celui enfin des apporteurs eux-mêmes. Il fallait d'une part protéger les tiers et les souscripteurs en prenant à l'égard des apporteurs en nature des mesures spéciales, en leur imposant des obligations ou en restreignant certains de leurs droits ; d'autre part on ne devait pas par ces dispositions repousser l'apporteur, empêcher les groupements de capitaux et entraver l'extension des sociétés.

Tel était le problème à résoudre : les législateurs de 1867 et de 1893 s'y sont efforcés. Quelles fraudes avaient-ils à combattre ? Quels moyens ont-ils employés ? Que valent leurs décisions ?

C'est ce qu'il faut examiner. Ces questions se posent pour les sociétés en commandite par actions et pour les sociétés anonymes : elles ont été résolues d'une manière à peu près identique dans les deux cas : nous parlerons donc des sociétés par actions en général, nous bornant à signaler les différences que nous pourrions rencontrer. Nous ne nous occuperons aussi que de l'apporteur en nature, de ses obligations ou de ses droits : nous laisserons ainsi volontairement de côté tout ce qui aurait trait aux droits ou obligations de l'actionnaire en général.

Nous diviserons ce sujet en cinq chapitres :

CHAPITRE I^{er}. — De l'apporteur.

CHAPITRE II. — Obligations.

CHAPITRE III. — Droits.

CHAPITRE IV. — Sociétés dont le capital n'est formé que d'apports en nature.

CHAPITRE V. — Étude sur la législation étrangère. Conclusions à tirer de sa comparaison avec la législation française.

CHAPITRE PREMIER

De l'apporteur.

Avant de procéder à l'étude des obligations et des droits de l'apporteur, il est nécessaire de se demander ce que c'est qu'un apporteur.

Il importe donc de rechercher :

1^o Quand on est apporteur :

2^o Si l'apporteur peut être assimilé à d'autres membres de la société.

SECTION I

QUAND EST-ON APPOSITEUR ?

L'apporteur est celui qui fait à une société un apport en nature, c'est-à-dire qui effectue à son profit une certaine mise matérielle ou immatérielle, appréciable en argent, en échange de laquelle il recevra des actions ou des avantages.

Tous les auteurs sont d'accord sur cette définition. Il est commode de déterminer théoriquement qui est appor-

teur. Mais l'examen de la jurisprudence nous montre que de sérieuses difficultés surgissent quand il s'agit, dans la réalité des faits, d'attribuer cette qualité à tel ou tel individu.

Ces difficultés, de fait, pour la plupart, proviennent :

1° Tout d'abord d'analogies entre l'apport et certains contrats;

2° De ce qu'à raison d'intérêts divers certaines personnes veulent dissimuler leur véritable qualité et s'en faire attribuer une autre à laquelle elles n'ont aucun droit.

C'est surtout avec le vendeur que l'apporteur peut être confondu ; c'est surtout entre la vente et l'apport que l'on a cherché à établir cette confusion. Nous rencontrons en effet entre ces deux opérations les analogies dont nous avons parlé : dans l'apport comme dans la vente, un individu se dessaisit de la propriété d'un objet et reçoit en échange une certaine valeur ; nous constatons aussi que certains cherchent à tirer parti de ces analogies en dissimulant leur véritable qualité ; tantôt celui qui reçoit le bien prétend qu'il y a eu apport et non pas vente, tantôt au contraire, c'est l'apporteur qui veut se faire passer pour vendeur. Les motifs de ces travestissements sont aisés à trouver, car, suivant que l'on examine la question sous ces deux aspects, des intérêts différents se font jour, qui mettent en lumière autant de raisons de distinguer.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Société qui cherche à dissimuler une vente sous les apparences d'un apport.* Elle y a intérêt : son intention est d'éviter le paiement du droit proportionnel qui lui serait réclamé en matière de

vente ; la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement soumet en effet à un droit fixe « tous actes, soit civils, soit judiciaires ou extrajudiciaires qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni condamnation, etc..., ni transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance des biens, meubles ou immeubles ».

Cet article s'applique à l'apport. Elle établit au contraire un droit proportionnel pour « les obligations, libérations, etc., et pour toute transmission de propriété d'usufruit ou de jouissance des biens meubles et immeubles soit entre vifs, soit par décès ».

Le droit fixe dont parle la loi du 22 frimaire an VII a été transformé en un droit gradué par la loi du 28 février 1872, article 1, déterminant la quotité du droit fixe établi par la loi du 22 frimaire an VII par le montant total des apports mobiliers et immobiliers déduction faite du passif « pour les actes de formation et de prorogation de société qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes ».

La question est importante : s'il y a vente, la société doit payer le droit proportionnel, plus considérable que le droit gradué, payable en cas d'apport.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Apporteur qui prétend avoir la qualité de vendeur.* Les hypothèses où l'on cherche à établir cette confusion sont nombreuses. On oublie volontairement que l'apporteur est un associé soumis à des obligations spéciales, et que le vendeur est un créancier avec garanties : il suffit, en effet, pour s'en convaincre de se reporter aux principes de la vente et de la société.

« La vente, dit l'article 1582 C. c., est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer. »

« La société, dit l'article 1832 C. c., est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter (1). »

Il y a vente quand la contreprestation est un prix ferme. Est vendeur celui qui livre une chose moyennant une somme ou un prix bien déterminé.

Il y a, au contraire, apport quand l'objet fourni est mis en commun pour être exploité ou pour servir à l'exploitation d'un projet. Est apporteur celui qui court les chances bonnes ou mauvaises de l'entreprise et qui en supporte tous les aléas.

L'apporteur est donc un associé soumis à des obligations spéciales :

1° Il doit faire procéder à une vérification des apports.

2° L'absence de vérification est pour la société une cause de nullité : elle peut dans certains cas entraîner pour l'apporteur une responsabilité pécuniaire, parfois très étendue.

3° En échange de ses apports, l'apporteur reçoit des actions soumises à un régime spécial, des titres qu'il ne peut négocier qu'au bout d'un délai de deux ans.

Le vendeur ne saurait être astreint à l'une quelconque de ces obligations. Il doit seulement garantie de l'objet

(1) LYON, CAEN et RENAULT : *Traité de droit commercial*, II, n° 14 et s. — HOUPIN : *Traité des Soc.*, I, n° 476 et s.

vendu. Mais il a la libre disposition du prix qu'il reçoit ; de plus il conserve un privilège sur le bien vendu, en cas de non-paiement.

A bien des égards, sa situation est donc préférable à celle de l'apporteur. On comprend alors quel intérêt pousse l'apporteur à se faire passer pour vendeur.

Il existe donc un assez grand nombre d'hypothèses où la confusion entre l'apporteur et le vendeur est d'autant plus facile qu'elle est souhaitée ou même facilitée par l'une ou par l'autre des parties. Mais, cette confusion, qu'elle soit involontaire ou intentionnelle, sera facilement évitée si l'on se reporte aux principes.

L'apporteur est donc un associé. C'est ce que met bien en lumière l'étude de la jurisprudence, qui sur cette question est très abondante.

La Cour de Cassation a, depuis longtemps, posé le principe : elle décide qu'il y a vente quand les prétendus apports contiennent une mutation totale ou partielle de la propriété, ou « la stipulation d'un équivalent, qui, payable en tout événement sur l'actif social, dans le cas même où la société serait en perte, substitue, en réalité, un prix de vente à une mise sociale (1) ».

Cet équivalent payable en tout état de cause se présente sous les formes les plus variées ; de là le grand nombre de décisions rendues sur ce point ; il s'agit de savoir la plupart du temps si l'apport a été fait purement et simplement, ce qui revient à se demander s'il y a eu apport, si l'on est en présence d'un apporteur.

L'équivalent fourni par la société est tantôt une somme

(1) 21 décembre 1870, S. 70, 1, 36 ; — 29 mai 1883, S. 84, 1, 441.

d'argent (1), prélevée sur le fonds social, tantôt un titre de créance contre la société, si, par exemple, l'auteur de l'apport reçoit des obligations (2). Il est certain que dans ce cas nous ne nous trouvons pas en présence d'un apporteur.

La même solution s'impose quand la société paie le passif grevant les biens apportés par certains associés, à raison de dettes dont ils étaient personnellement débiteurs. La jurisprudence est constante sur ce point (3).

Cette hypothèse se rencontre souvent lorsqu'une société civile se transforme en société anonyme et qu'il y a création d'une société nouvelle. L'ancienne société remet à la nouvelle son capital social à charge par celle-ci de payer les dettes qui la grevent (4).

Dans certaines hypothèses on pourrait croire qu'il y a apport et non pas vente ; nous trouvons un exemple dans une décision de la Cour de Cassation du 5 février 1894 (5) : une société nouvelle reçoit l'actif social d'une société en liquidation : on remet au gérant de cette dernière douze cents actions nouvelles. En réalité ces titres ne demeurent pas la propriété du gérant ; ils sont remis à un syndicat de capitalistes représentant secrètement la société et chargés

(1) S. 77, 4, 479 ; — 29 mai 1883, S. 84, 4, 441. Orléans, 11 mai 1883. *Journ. Soc.* 1883, p. 437 ; — 15 janvier 1896, S. 97, 4, 469.

(2) S. 95, 1, 97.

(3) Cas., 14 décembre 1881, S. 83, 4, 33 ; — 21 juillet 1884, S. 85, 4, 277 ; — Cas., 14 novembre 1893, S. 94, 4, 517 ; — 14 juin 1895, S. 96, 1, 149 ; 6 mai 1896, S. 97, 4, 295 ; — 27 décembre 1898, S. 99, 4, 147.

(4) V. Douai, 26 juillet 1886, *Journ. des Soc.* 1887, p. 832.

(5) S. 95, I, 52.

par elle de payer les dettes du gérant. L'opération est un apport en apparence ; en réalité, c'est une vente.

On rencontre d'autres hypothèses dans lesquelles l'attribution d'actions est purement fictive ; il peut se faire que, moyennant un certain prix, l'apporteur cède immédiatement aux autres associés les actions à lui attribuées.

Cette opération dissimule une vente : c'est la société qui, par l'intermédiaire des associés, rachète les actions cédées ; il y a bien dans cette hypothèse paiement d'un prix déterminé (1).

En sens inverse, il existe des hypothèses où pour échapper aux vérifications exigées par la loi, l'apporteur cherche à se faire passer pour un vendeur ; il ne faut pas dans ces cas s'arrêter à la forme de l'acte : s'il s'agit par exemple de la vente à une société en formation d'un objet destiné à faire partie du capital originaire, les différentes juridictions décideront qu'il y a là apport et non pas vente (2).

De cet ensemble de décisions, des questions de fait que nous venons d'examiner, se dégagent nettement les conclusions suivantes :

1° Tout d'abord c'est que pour savoir si l'auteur d'un apport est ou n'est pas apporteur, on doit considérer le caractère de l'équivalent par lui reçu (3).

(1) Lille, 10 avril 1876. *Journal de l'Enregistrement*, art. 20105. — Valenciennes, 26 avril 1877. *Enregistrement a.* 20438. — Lille, 7 février 1879, *Enregistrement* 22042.

(2) Cas. 13 mars 1876. D. 77, 1, 49.

(3) Il n'y a donc pas à se demander, comme semblerait l'indiquer un arrêt de Cas. du 28 décembre 1870, S. 71-1-36, si l'un des associés est avantagé au détriment de l'autre ; cela conduirait à décider qu'il y a un apport quand des individus se rendent co-acquéreurs

2° C'est ensuite et surtout que l'apporteur est un associé ; cela résulte des efforts faits par la jurisprudence pour déterminer si un apport est pur et simple, c'est-à-dire si l'on se trouve en présence d'une mise sociale ; cela résulte aussi des diverses fraudes que nous avons examinées. On rétribue en apparence l'apporteur avec des actions. On laisse croire ainsi qu'il reçoit non pas le prix des biens apportés, mais des titres représentant sa participation à la société.

SECTION II

L'APPORTEUR PEUT-IL ÊTRE ASSIMILÉ A D'AUTRES MEMBRES DE LA SOCIÉTÉ ?

Il ne suffit pas d'établir que l'apporteur est un associé. Encore faut-il déterminer dans quelle catégorie d'associés il doit être rangé. Plusieurs idées se présentent en effet ; on peut être tenté d'attribuer à l'apporteur un rôle important dans la constitution de la société et soutenir qu'il doit être assimilé aux fondateurs. On peut, en sens inverse, prétendre que l'apporteur n'est qu'un associé ordinaire, effectuant en nature ses versements dans la

d'un bien et forment entre eux une société, avec ce bien comme mise sociale, en décidant que les gains sociaux seront consacrés à l'acquittement du prix de ce bien : cette convention, en effet, ne modifie pas la condition des uns par rapport aux autres, la plus parfaite égalité règne entre tous. Et cependant, chaque associé pris individuellement a reçu, pour sa part dans l'apport, un équivalent soustrait aux aléas de la société : car avant l'opération, il était débiteur d'une partie du passif ; après l'opération, il est libéré. Il ne faut donc pas voir là un apport.

société, mais se distinguant par là seulement des autres actionnaires. Ou bien enfin il est possible de déclarer que l'apporteur en nature n'appartient en l'état actuel de notre législation à aucune de ces deux catégories d'individus.

C'est ce qu'il nous faut examiner.

§ I. — *L'apporteur est-il un fondateur ?*

Cette question offre un grand intérêt en matière de responsabilité : l'article 42, loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 1^{er} août 1893 déclare les fondateurs solidairement responsables envers les actionnaires et les tiers du dommage causé par la nullité de la société lorsque cette nullité leur est imputable. Si l'on considère les apporteurs en nature comme des fondateurs ils seront tenus de la même responsabilité.

Il semble à première vue que la question ne puisse pas se poser et que la solution s'en trouve dans le même article 42. Ce texte dit en effet que : « la même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 24 ».

C'est donc, pourrait-on dire, que la loi assimile l'apporteur au fondateur dans deux cas bien déterminés, mais qu'elle l'en distingue dans tous les autres ; c'est la conclusion à laquelle on arriverait par l'argument *a contrario* : *qui dicit de uno, negat de altero*. Mais cet argument ne peut être employé avec succès qu'autant qu'il ramène au droit commun. Or ici, il est très difficile de savoir quel il

est ; la loi n'indiquant pas ce qu'elle entend par fondateur. D'autre part, l'article 42 ne peut être interprété de cette façon : il détermine quelle sera l'étendue de la responsabilité de l'apporteur comme tel, en tant qu'apporteur, quand il aura manqué à deux de ses principaux devoirs, mais il n'établit pas de différence entre l'apporteur et le fondateur ; il n'empêche pas de se demander si le seul fait d'apporter en nature dans la société ne suffit pas pour faire attribuer à l'auteur de l'apport la qualité de fondateur et toute la responsabilité qu'elle entraîne.

La question ne comporte pas en doctrine une réponse absolue, car il n'existe pas de définition du « fondateur » : le législateur, semble-t-il, n'a pas cru devoir le définir pour laisser au juge toute liberté d'appréciation et lui permettre d'englober dans une poursuite contre les fondateurs le plus de personnes possible. Les travaux préparatoires de la loi de 1867 ne nous apprennent rien à ce sujet. Il faut se reporter aux lois antérieures : lors de la discussion de la loi du 23 mai 1863, le rapporteur, M. Langlois, estimait qu'aucune méprise n'était possible sur le sens du mot « fondateur » : le fondateur serait celui qui, ayant eu l'idée première d'une entreprise, chercherait à la répandre autour de lui, solliciterait et grouperait des adhésions et fonderait ainsi la Société dont lui-même ferait partie (1).

Ces indications ne suffisent pas à établir la différence que nous cherchons.

Il est indéniable que l'apporteur joue dans la société un rôle aussi considérable que celui qui sollicite et recueille

(1) DUVERGIER : *Collection des lois*, 1863, p. 853.

des adhésions ; c'est lui qui la plupart du temps donne à la société son objet, sa raison d'être. En tous cas, s'il n'a pas eu l'idée première de l'entreprise, il est, par le fait de son apport, l'un des principaux artisans de sa réalisation. Il semblerait donc logique, dans ces conditions, de déclarer que dans tous les cas l'apporteur doit être considéré et traité comme un fondateur. Ce n'est pourtant pas l'idée dominante dans la doctrine (1).

La jurisprudence ne donne que des indications assez vagues en ce qui concerne ce point précis. Nous pourrions peut-être invoquer en faveur de l'assimilation un arrêt de Paris du 28 avril 1883 (2), mais cet arrêt ne résoudrait la difficulté que d'une manière incidente. Il s'agissait en l'espèce de savoir si les actions attribuées en représentation des apports devaient être entièrement libérées ou s'il suffisait qu'elles fussent libérées du quart. Et, à ce propos, l'arrêt parle « d'actions attribuées aux fondateurs en échange de leurs apports » : ce qui semblerait indiquer que la Cour de Paris assimile les deux situations ; mais l'argument qu'on tirerait de cette décision serait assez fragile, car il s'agit d'un arrêt isolé : l'arrêt n'est peut-être pas rédigé en des termes d'une rigoureuse précision et, probablement, s'agit-il d'une hypothèse voisine de celle qui est examinée, c'est-à-dire du cas où un individu qui accomplit les formalités nécessaires à la constitution d'une société fait en même temps un apport à l'organisme qu'il crée. Peut-être ne doit-on voir là qu'une simple confusion de termes, provoquée par une situation de fait.

Il est donc préférable de se reporter à la jurisprudence

(1) LYON, CAEN et RENAULT : II, p. 793.

(2) D. 48 2, 1.

générale en matière de fondateurs. Cette jurisprudence évolue et tend à augmenter le plus possible le nombre des personnes comprises sous la dénomination de « fondateur ». Mais il semble bien que l'apporteur reste en dehors de cette catégorie, sauf dans quelques cas exceptionnels. En effet, la qualité de fondateur, à l'origine, a été attribuée à ceux qui « choisissaient la forme de l'association, fixaient le capital de la société et sa durée, créaient les actions, organisaient les assemblées d'actionnaires, groupaient les capitaux, en réglaient l'emploi et dressaient en un mot la charte de la société » (1). Des décisions postérieures ont largement interprété ces principes; quelques-unes établissent que seront fondateurs : les associés qui auront accompli certaines seulement des opérations énoncées dans l'arrêt du 24 juin 1861 (2). Enfin un arrêt de la Cour de Cassation du 21 novembre 1890 (3), considère comme fondateurs ceux qui ont sciemment prêté leur concours à la fondation même irrégulière d'une société (4).

Donc, dans certaines hypothèses exceptionnelles les apporteurs se verront attribuer la qualité de fondateurs; cela prouve que cette qualité ne leur est pas encore reconnue d'une manière générale. Cette assimilation est-elle souhaitable? C'est ce que nous verrons à la fin de cette étude. Il importe, pour le moment, de constater qu'elle n'existe pas dans notre législation actuelle.

(1) Cas. 24 juin 1861. D. 61, 1, 435.

(2) V. Douai, 2 juillet 1879, *Journ. Soc.*, 1882, p. 21. — Lyon, 6 fév. 1883, R. S. 1883, p. 211. — Toulouse, 23 nov. 1883, R. S. 1884, p. 522.

(3) R. S. 90, p. 560.

(4) Cas. 10 nov. 1897. D. 99, 1, 529.

L'apporteur pur et simple, c'est-à-dire, l'associé qui apporte un bien dans la société sans prendre part aux formalités initiales, n'est donc pas un fondateur.

§ II. — *L'apporteur en nature n'est pas un apporteur en industrie.*

L'apporteur en nature ne doit pas être confondu avec l'apporteur en industrie. Le premier fait un apport matériel ou immatériel immédiatement appréciable en argent. Le second fait un apport immatériel que l'on ne saurait d'emblée apprécier en argent. Il met ses services en société. Que valent-ils ? Il est impossible de le savoir tout de suite. Ils n'auront de valeur que s'ils profitent à la société. Or quand la société aura-t-elle tiré un profit de cet apport ? Quand elle aura réalisé des bénéfices ; il faut donc attendre un certain temps pour que l'apport en industrie puisse être évalué. C'est pour cette raison que, comme nous le verrons plus loin (1), les titres donnés à ces deux catégories d'apporteurs sont différents ; l'action d'apport donne droit à une portion du capital, parce que l'apporteur a contribué effectivement à la formation du capital indiqué dans les statuts. L'action industrielle permet seulement de toucher une partie des bénéfices, parce que l'apport en industrie n'est pas appréciable au moment où la société se constitue et ne peut être compté comme une portion du capital social.

(1) Voir plus loin la distinction de l'action d'apport et de l'action industrielle.

§ III. — *L'apporteur n'est pas non plus
un actionnaire ordinaire.*

Procédant par élimination, nous avons successivement démontré que l'apporteur n'était pas un vendeur, mais qu'il était un associé, que parmi les associés il n'était pas un fondateur. Qu'est-ce donc alors, en définitive ?

Un associé traité d'une manière spéciale.

De l'examen de la loi de 1867 et de celle du 1^{er} août 1893 il résulte que ces actionnaires sont soumis à des obligations que ne subissent pas les souscripteurs et que leurs droits ne sont pas identiques à ceux des actionnaires ordinaires. Ces différences sont assez nettes, assez profondes pour permettre de considérer les apporteurs en nature comme constituant, à certains égards seulement, une classe à part. Cette séparation n'est pas de création artificielle ou arbitraire ; elle ne provient pas du bon plaisir du législateur ; elle est la conséquence nécessaire d'une situation de fait et de nécessités d'ordre public. Étant donné qu'au lieu d'opérer un versement en numéraire, l'apporteur met dans la société un bien quelconque en nature, il était de toute nécessité de placer cet individu dans une situation qui lui fût particulière.

En effet, le bien apporté dans la société, que ce soit un meuble, un immeuble, un commerce, une industrie, une clientèle, ne constitue pas un objet dont la valeur soit immédiatement déterminée. Lorsque l'apport est fait en numéraire, il n'est susceptible d'aucune appréciation variable. Il provient de souscriptions préalables : la société reçoit une somme fixée longtemps à l'avance.

Aucune contestation ne peut s'élever sur la valeur du numéraire versé dans la société, ni sur le nombre des actions attribuées en retour. Il est vrai que la souscription peut être fictive ; les nombreuses décisions rendues par les juridictions de tous ordres sont une preuve que cette fraude est fréquente et redoutable. Mais, abstraction faite de cette hypothèse, qui, malgré sa fréquence, n'est qu'une exception, si les souscriptions sont sincères, aucun doute n'est permis sur la valeur des versements effectués en numéraire.

La situation est tout autre lorsque l'apport a lieu en nature : ici, une estimation s'impose. Il faut remettre à l'apporteur un certain nombre d'actions. Force est donc d'attribuer une valeur aux biens qu'il a mis en société. Cette évaluation peut être une source d'erreurs ou de fraudes. En effet, si l'on peut obtenir une exacte évaluation d'un objet corporel, meuble, maison, usine ou de l'outillage qu'elle renferme, il est moins facile d'estimer ces mêmes biens dans l'avenir, c'est-à-dire, de les évaluer par rapport aux bénéfices qu'ils pourront réaliser ; il est plus difficile encore de déterminer d'une manière précise la valeur d'un brevet d'invention ou d'une clientèle, par exemple. Il faut, pour évaluer de tels apports, se rendre compte de l'opportunité d'une invention, prévoir l'accueil qu'elle trouvera auprès du public, supputer les chances de gain ou de perte. Ces probabilités forment l'un des éléments importants de l'évaluation : les erreurs peuvent être fréquentes.

Mais plus encore que les erreurs, les fraudes sont à redouter ; l'apporteur est intéressé à tirer de son apport le meilleur parti, à se faire remettre en échange le plus

grand nombre d'actions possible ; il est intéressé à donner peu à la société pour en retirer beaucoup. C'est, somme toute, facile, puisque l'appréciation de ces biens est susceptible de plus ou de moins. Et cette exagération des apports conduit à des conséquences très graves, soit au point de vue de la société, soit à celui du public :

Au point de vue de la société, car le capital social va se trouver réduit pour ainsi dire à rien. Il est, en effet, formé d'un fonds de roulement assez restreint : peu d'actions payables en numéraire ont été offertes au public, le nombre de celles qui représentent des apports étant trop considérable, et, si les apports eux-mêmes ont une valeur par trop minime, la société est d'avance condamnée à la faillite.

Au point de vue du public : la ruine peut entraîner celle des souscripteurs. Elle provoquera aussi de graves perturbations économiques : car l'exagération des apports n'est que la première phase d'une opération en deux actes : la deuxième phase, c'est la négociation rapide et à un prix élevé des actions reçues par l'apporteur ; c'est en effet la contre-partie obligée sans laquelle l'auteur de l'apport serait fort empêché de réaliser un bénéfice. Elle entraîne avec elle toute une série de manœuvres déshonnêtes ayant pour seule fin de provoquer en bourse une hausse sur les actions à négocier. Le moment venu, l'actionnaire en nature se débarrasse de ses titres à des prix très avantageux et disparaît.

Le résultat est fatal : lourdeur des cours sur la valeur en question ; baisse provoquée par une subite abondance des titres sur le marché ; au bout d'un temps plus ou moins long, catastrophe finale, et c'est alors seulement

que le public s'aperçoit qu'il a été la dupe d'agioteurs sans scrupules.

Cet aperçu des fraudes possibles met en évidence la nécessité de ne pas traiter de semblable façon l'actionnaire ordinaire et l'apporteur en nature; l'actionnaire, lui, ne peut être tenté d'exagérer un apport en numéraire dont la valeur, déterminée par avance, est toujours facilement vérifiable.

De la part de l'apporteur, au contraire, il faut redouter : 1^o l'exagération des apports ; et 2^o l'agiotage qui en est le corollaire.

Ce double danger devait attirer l'attention du législateur et lui faire prendre des mesures préventives. Il ne pouvait cependant traiter d'une manière par trop différente deux situations qui offrent de grandes analogies. Qu'il s'agisse d'actionnaires ordinaires, qu'il s'agisse d'apporteurs en nature, nous nous trouvons toujours en présence d'associés : les uns opèrent leurs versements en argent, les autres en nature, mais tous « mettent quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui en pourra résulter ».

Il y a donc à raison de ce fait un fonds d'obligations et de droits, commun aux uns et aux autres : le législateur n'a rendu certaines obligations plus sévères ou il n'en a créé de nouvelles, il n'a restreint certains droits, que dans les cas où la sécurité publique risque d'être troublée.

Comme l'associé souscripteur en numéraire, l'apporteur en nature reçoit des actions, touche des dividendes, peut négocier les titres qui lui sont remis ; il peut comme lui agir contre les gérants et les membres du conseil de surveillance dans les termes des articles 17 et 39, loi de 1867 ; il peut comme lui encore, en matière de société anonyme,

réclamer la dissolution de la société s'il y a perte des trois quarts du capital social, ou, au cas d'extinction de la société, participer au partage de ce capital. Comme l'associé en numéraire doit effectuer le versement souscrit, il doit de même apporter ce qu'il a promis. Il est enfin comme lui tenu à concurrence de sa mise dans la société, si celle-ci fait de mauvaises affaires.

Mais les législateurs de 1867 et de 1893 ont modifié ces obligations ou ces droits partout où les dispositions concernant le souscripteur en numéraire eussent été insuffisantes à prévenir la fraude ou à la réprimer.

C'est ainsi qu'il fallait éviter l'exagération des apports. A cette nécessité la loi répond :

- 1° En exigeant que l'apport soit réel ;
- 2° En imposant à l'apporteur le devoir de faire vérifier et approuver ses apports ;
- 3° En lui refusant la voix délibérative dans l'assemblée générale appelée à donner son avis sur l'approbation des apports.

Il était utile d'éviter l'agiotage ? Cette fois le législateur se contente de modifier les droits de l'apporteur en nature sur les actions données en représentation des apports. Les auteurs des lois de 1867 et de 1893 se sont donc inspirés de la nécessité de défendre soit la société, soit les tiers contre les fraudes. C'est à cette idée de défense que se rattachent les devoirs ou les droits spéciaux de l'apporteur en nature : c'est elle qui les explique et les coordonne ; et cette idée dérive elle-même de ce fait que l'apporteur est un associé effectuant ses versements d'une manière telle, qu'elle aurait ouvert toute grande la porte à la fraude si l'on n'y eût prêté attention.

CHAPITRE II

Obligations de l'apporteur.

Ce chapitre se divise en deux sections : nous nous demanderons dans la Section I si l'apporteur est obligé de faire un apport réel.

La Section II traitera de la nécessité pour l'apporteur de faire vérifier et approuver ses apports.

SECTION I

L'APPORTEUR EST-IL OBLIGÉ DE FAIRE UN APPORT RÉEL ?

« Pour être associé, dit l'article 1832 C. c., il faut mettre quelque chose en commun dans la vue d'en partager les bénéfices. » L'apporteur dans la société par actions est obligé de livrer ce qu'il a promis sans quoi la société ne peut être constituée. Mais, est-il obligé de faire un apport sérieux, c'est-à-dire non fictif, non majoré ? La question est différente.

Qu'est-ce, d'abord, qu'un apport sérieux, qu'un apport fictif, ou qu'un apport majoré ?

L'apport est *sérieux* quand il existe réellement et qu'il est compté dans le capital social pour la valeur réelle qu'il avait au moment de sa mise en société.

Il est *fictif*, quand il a une apparence d'existence, mais, qu'en vérité, à raison de circonstances diverses, il est comme s'il n'était pas.

Il est *majoré*, quand il entre dans la société avec une valeur supérieure à celle qu'il a réellement.

Remarquons dès maintenant qu'il y a une similitude très grande entre l'apport majoré et l'apport fictif : l'apport majoré est fictif pour la partie de sa valeur attributive qui dépasse la valeur réelle : une majoration très considérable, trop considérable, pourrait faire considérer comme fictif un apport, qui, s'il eût été estimé à sa juste valeur, eût été parfaitement réel : de l'apport majoré à l'apport fictif, il n'y a qu'un pas. Il ne faudrait cependant pas les assimiler, car, si l'apport est fictif, il n'existe pas du tout, bien qu'ayant une apparence de réalité. L'apporteur semble mettre un bien en société ; en fait, il n'y met rien. Il ne peut être considéré comme un associé.

Quand l'apport est majoré, au contraire, la société reçoit un apport dont l'existence est incontestable, mais dont la valeur peut être contestée.

Quant à savoir dans quels cas un apport est sérieux ou fictif, c'est une question de fait ; la distinction n'est pas toujours facile à faire.

Certaines hypothèses peuvent cependant servir d'exemples :

Le tribunal de commerce de la Seine a jugé le

28 juillet 1887 (1) qu'un apport est sérieux, quand les évaluations ont pour point de départ un inventaire régulier et consciencieux, même si la société prend à sa charge un passif grevant l'apport, pourvu que les apporteurs n'aient reçu en échange que la valeur de l'actif net, déduction faite du passif. En l'espèce, on avait fait apport à une société anonyme d'un fonds de commerce et d'un matériel dont une société en commandite était propriétaire : les apporteurs recevaient en actions 600.000 francs, la société se chargeait de payer 263.298 francs, passif de l'ancienne société. Les demandeurs prétendaient que ces dettes n'avaient été éteintes que par la création d'un nouveau passif, que les fondateurs n'avaient par conséquent effectué aucune mise sociale ou que leur mise était fictive.

En réalité l'actif de la société en commandite était de 868.759 francs : les apporteurs ne touchaient donc que des actions dont le montant représentait l'actif net : l'apport était donc sérieux.

L'apport est sérieux également quand il se compose de baux ou de promesses de vente, alors que la promesse s'est réalisée et que la société a joui des immeubles loués conformément aux baux (30 juillet 1890) (2).

Dans ces deux hypothèses, l'apport existe.

A l'inverse, nous en pouvons citer où l'apport est fictif. Ainsi, dans une espèce jugée par la Cour de Paris, le 14 avril 1883 (3), une société anonyme s'était formée entre un certain nombre d'individus, se disant co-propriétaires de mines de houille. Ils faisaient apport à la

(1) *Journal des Sociétés*, 1888, p. 445.

(2) *Journal des Sociétés*, 1891, p. 445.

(3) D. 1884, II, 123. — *Journ. Soc.*, 1883, 361.

société : 1° desdites mines (de Rohr et du Rhin); 2° d'une promesse de vente des mines de Westende.

En représentation de ces apports ils s'attribuaient toutes les actions entièrement libérées, soit 10.000 actions à 500 francs.

Le fonds social n'était formé que de ces biens. En réalité, le prix des mines était encore dû : les apporteurs avaient décidé de le payer au moyen d'un prélèvement sur le produit de 25.000 obligations qu'ils créaient par l'acte de société, pour être immédiatement émises. Le caractère fictif de l'apport ressortait du rapprochement de ces faits et de ces stipulations :

1° Les apports avaient été achetés la veille de la fondation de la société et étaient restés impayés;

2° Leur paiement était mis à la charge de la société;

3° Ce paiement était effectué au moyen du produit des obligations.

Il résultait de là que les fondateurs n'avaient rien voulu mettre en commun de leurs biens personnels et qu'ils n'y avaient rien mis : c'étaient les deniers d'autrui qui avaient formé le fonds nécessaire au fonctionnement social : l'apport était fictif.

C'est du reste un procédé assez usité que celui que nous venons de signaler ; nous le retrouvons dans l'affaire de la Société de Tréport-Terrasse (1). Dans cette espèce, dix personnes avaient acheté sur une falaise des lots de terrains inégaux : elles formaient entre elles une société ; chacune apportait son lot de terrain non payé en conve-

(1) Cas. Req. rej. 14 juin 1887. — *Journ. Soc.* 1890, 41, R. S. 1886, 90, 1887, 422. D. 87, 1, 417.

nant que la société désintéresserait les vendeurs; les apporteurs se partageaient toutes les actions qui étaient entièrement libérées. Pour se procurer de l'argent, la société empruntait de suite à un banquier, payait les terrains, puis émettait des obligations pour rembourser l'emprunt avec les capitaux que fourniraient les souscripteurs obligataires. C'est ce qui eut lieu. Dans cette hypothèse, ce qu'il fallait considérer comme apport, c'était non pas la propriété des parcelles de terrain, puisque leur paiement restait à la charge de la société; mais la plus-value que la réunion de ces parcelles pouvait leur donner. Il fallait voir si la société appelée à en bénéficier avait en caisse après l'opération une somme supérieure à ses déboursés. Si l'on constatait cette différence en plus, l'apport était réel; si la différence était nulle ou était en moins, l'apport était fictif.

Ici, comme dans les hypothèses examinées plus haut, il y a une question de fait.

Mais la notion de l'apport fictif se dégage avec netteté de ces hypothèses : l'apport est fictif quand il n'a qu'une apparence de réalité. Ce caractère résulte : soit de ce que l'apport n'a aucune valeur en lui-même; il y a dans ce cas apport fictif par suite de majoration excessive; soit de ce que l'objet apporté, tout en ayant une valeur, a été laissé complètement à la charge de la société; les apporteurs n'ont rien engagé de leurs biens personnels : il n'y a qu'une apparence d'apport.

Il faut donc tantôt considérer l'objet de l'apport, tantôt examiner le caractère de l'opération faite par le prétendu apporteur. Mais ce qui ressort de toutes ces décisions, et ce qu'il est très important de constater, c'est que la fictivité

existe en soi : un apport est fictif ou ne l'est pas, c'est un fait.

Le caractère fictif de l'apport entraîne la nullité de la société ; la société est donc nulle : tantôt parce qu'elle n'a pas d'objet ; c'est ce qui se produit si elle a été constituée uniquement pour l'exploitation de l'apport ; tantôt parce que le capital social n'est pas conforme aux énonciations des statuts.

Ces considérations sont d'ordre pratique.

Une société dont les apports sont fictifs ne peut pas avoir un fonctionnement normal, car elle ne dispose pas de toutes les ressources sur lesquelles elle était en droit de compter. Il y a des malaises provenant de ce que le capital nominal ne correspond pas au capital effectif : peu à peu les affaires périssent et la faillite est déclarée. Il y a là une source de préjudice sérieux, soit pour les actionnaires, soit pour les tiers.

Pour les actionnaires, c'est la perte du capital engagé dans l'entreprise.

Pour les tiers c'est la perte de l'argent prêté. Et ce ne sont là que les conséquences directes de l'apport fictif : il y aurait encore à considérer la répercussion de cette faillite sur les affaires de tous ceux (actionnaires ou tiers) qui ont traité avec la société.

S'il y a simple majoration des apports, les inconvénients seront moins graves, si la majoration est faible ; car la société survivra peut-être, mais si elle vient à succomber, la situation sera tout aussi mauvaise pour les intéressés.

Dans ces deux hypothèses (apport fictif et apport

majoré), les actionnaires ou les tiers ont avantage à démontrer la nullité de la société.

En effet, si la société est reconnue valablement constituée, les actionnaires n'ont de recours contre personne pour réclamer les sommes par eux perdues ; les tiers doivent se contenter du dividende produit par la faillite.

Mais si l'on parvient à faire déclarer la nullité de la société, la situation change : la nullité engage la responsabilité des fondateurs ou des apporteurs : contre les fondateurs elle permet d'invoquer la responsabilité solidaire des articles 8 et 42 de la loi du 24 juillet 1867 ; contre les apporteurs et les fondateurs la responsabilité de droit commun telle qu'elle résulte des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Si donc la jurisprudence prononce la nullité de la société dans nos deux hypothèses (apport fictif et majoration de l'apport) nous en pourrions conclure que l'apporteur est tenu de faire un apport réel, c'est-à-dire, non fictif et non majoré. Il faut examiner la question à ce double point de vue.

§ I. — *Apports fictifs.*

Il faut déclarer que l'apporteur est toujours tenu de faire un apport réel, c'est-à-dire non fictif.

Un apport est fictif quand il n'a que des apparences d'existence : en réalité un apport fictif équivaut au néant. Sans objet, une société ne saurait exister ; or, peu importe qu'il ait été procédé à une vérification régulière de l'apport et à son approbation, s'il est fictif ; l'assemblée

générale n'a pu valablement approuver l'apport d'un bien qui n'existait pas. La nullité de la société dans ce cas résulte non pas de dispositions spéciales, mais de principes du droit commun.

L'article 4, § 7, loi 1867, déclarant que « l'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude », ne s'applique que dans les hypothèses de majoration.

La jurisprudence ne laisse aucun doute à cet égard, soit par les principes exposés dans les arrêts, soit par la façon dont elle résout les questions de fait.

Nous trouvons sur ce point des décisions assez nombreuses. C'est d'abord un arrêt de la Cour de Cassation du 14 juin 1887 (1), qui déclare que les tribunaux sont souverains pour apprécier le caractère fictif des apports ; il n'y a donc pas à se demander si l'approbation de l'assemblée générale a été régulièrement obtenue ; même régulière, elle ne constitue pas un obstacle à l'examen des apports par les tribunaux.

Un arrêt de la Cour de Paris que nous avons aussi déjà vu (Charbonnages du Rhin) établit nettement la nécessité de l'apport réel et l'obligation qui incombe à l'apporteur de faire un apport sérieux. Il invoque les termes de l'article 1833 C. c. « C'est, dit-il, un principe incontesté qu'il n'existe pas de société, si ceux qui la forment n'y font pas un apport ou si leur apport est purement fictif. Cette exigence, à laquelle la loi subordonne l'existence de toute société, s'impose avec une rigueur plus nécessaire encore à l'égard des sociétés anonymes qui n'étant que

(1) *R. des Soc.*, 1887, p. 421. D. 88, 1, 417.

des sociétés de capitaux n'offrent comme garantie que leur fonds social, formé de mises sociales et ne présentant pas d'autres responsabilités (1) ».

On pourrait objecter, il est vrai, que ces deux décisions ont été rendues à propos de sociétés dont le capital n'était formé que d'apports en nature et constituées entre les copropriétaires par indivis d'apports : dans ce cas, la loi de 1867 les soustrait à toute vérification : il fallait donc bien permettre aux tribunaux de les examiner après coup, puisque aucune mesure de sécurité n'avait été prise auparavant.

L'objection est facilement repoussée, car nous trouvons des décisions rendues à propos de sociétés dont le capital comprenait du numéraire et des apports en nature.

Un jugement du tribunal civil de la Seine (2) nous offre à cet égard un précieux appui. Une société anonyme s'était fondée pour créer et exploiter en France des canaux d'irrigation : les liquidateurs d'une Compagnie anglaise d'irrigation en France apportaient tous les droits actifs et passifs de celle-ci à la nouvelle société. Au bout d'un certain temps la nullité de cette société fut réclamée :

1° Pour vérification irrégulière des apports ;

2° Pour fictivité et majoration des apports.

Le tribunal de la Seine reconnut qu'en fait la vérification avait été *régulière*.

Malgré cette décision, le tribunal se demanda si les apports étaient fictifs, « car, lit-on dans le jugement, la

(1) V. dans le même sens Paris, 9 mars 1893. *Journ. Soc.* 1893, p. 343.

(2) 30 mars 1893, *Revue Soc.* 1893, p. 284.

simulation des apports ne constitue pas une infraction spéciale à la loi de 1867, mais elle constitue une nullité de droit commun : si les apports sont purement fictifs, le contrat de société est sans objet ».

Rien n'est plus probant que ce jugement qui après avoir reconnu la parfaite régularité de la vérification procède cependant à l'examen des apports et conclut à leur réalité.

On pourrait encore objecter que l'apport n'est pas toujours l'objet de la société, il peut être aussi considéré comme une petite partie du capital social. Mais la loi de 1867 dit que la société ne peut être constituée qu'après la souscription intégrale du capital social. Or, lorsque l'apport est fictif, le capital social n'est pas entièrement souscrit, c'est-à-dire « couvert » : cette couverture consiste aussi bien en apports en nature qu'en numéraire. Il faut donc, dans ce cas, annuler la société en vertu de l'article 1. C'est ce que décide un jugement du 5 juin 1896 (1), le tribunal décide que la nullité d'une société anonyme s'impose, non seulement quand le capital social n'existe pas réellement, mais aussi lorsque les apports sont fictifs, *même pour partie*, car « les articles 1, 24, 41 de la loi du 24 juillet 1867 exigent, à peine de nullité, que lors de la constitution d'une société, le capital annoncé dans les statuts soit souscrit dans son intégralité, c'est-à-dire entièrement couvert par les apports des actionnaires soit en numéraire, soit en nature ».

Il faut donc conclure que l'apporteur est toujours tenu de faire un apport sérieux, c'est-à-dire non fictif.

(1) Bar-sur-Aube, *Journ. Soc.* 97, 243.

§ II. — *Apports majorés.*

Faut-il décider aussi que l'apport ne doit pas être majoré ?

Ici la question est différente : il ne s'agit plus de l'existence de l'apport, mais de sa valeur. En morale stricte, il faudrait déclarer que l'apporteur ne doit attribuer à son apport qu'une valeur réelle ; tout au plus, s'il fallait être moins rigoureux, lui permettrait-on de réaliser un honnête bénéfice : mais on lui interdirait les majorations excessives.

Pratiquement la question ne peut pas être ainsi tranchée, il faut tenir compte de deux faits :

1^o L'apport majoré, s'il ne l'est pas à l'excès, est un apport réel ; il y a toujours en lui un substratum :

2^o Les apports doivent être et sont soumis à un système de vérification et d'approbation.

Que se passet-il, quand, après avoir été vérifié, l'apport est accepté par l'assemblée générale ? L'apporteur est dans la situation d'un pollicitant ; il fait une offre à la société et il cherche, en ce qui le concerne, à la faire aux meilleurs conditions possibles. Si, après vérification, l'offre est acceptée, il se forme un contrat sur lequel nul ne peut revenir, puisqu'il y a eu consentement, et que la société après examen a accepté l'offre telle qu'elle lui a été faite. Il faudrait pour qu'une action pût être intentée que le consentement de l'une des parties eût été surpris par dol ou fraude (1) ; dans notre hypothèse, il faudrait que le

(1) THALLER : *Droit commercial*, p. 265, n^o 43.

dol, ou la fraude eussent été commis, soit par l'apporteur à l'égard des vérificateurs et fondateurs, soit par l'apporteur, les fondateurs et les vérificateurs à l'égard de l'assemblée générale ; dans ces cas seulement la nullité pourrait être prononcée. On le voit : si l'on peut dire en principe que l'apporteur ne doit pas faire d'apport majoré, il est possible en fait que cette majoration se produise sans entraîner la nullité. Il y a donc des cas où l'apport subit une majoration ; ce sont, pour ainsi dire, des cas prévus ; ceux, par exemple, où la majoration aura été connue et acceptée par la société ; ceux aussi dans lesquels cette majoration se sera produite inconsciemment et de bonne foi de la part de tout le monde.

La jurisprudence, quand il s'agit de savoir si la nullité de la société doit être prononcée, distingue entre deux situations :

A). — S'agit-il d'une société dont le capital est formé de numéraire et d'apports en nature ? Les juridictions de tous les degrés sont unanimes à déclarer que si les apports « ont été vérifiés dans les formes prescrites par la loi, s'il n'est justifié ni même argué d'aucun acte dolosif ayant pu vicier l'acceptation des apports par les commissaires d'abord, par l'assemblée générale des actionnaires ensuite, la nullité, ne peut être prononcée » (1).

Cette jurisprudence est constante.

Alors même que l'on apporterait devant le Tribunal la preuve qu'il y a eu des majorations plus ou moins considérables, la société ne pourrait être annulée si les forma-

(1) Paris, 11 août 1883. *Jour. Soc.*, 1885, p. 285.

lités légales avaient été rigoureusement observées. La libre approbation de l'assemblée générale est donc souveraine (1).

La Cour de Cassation n'est pas moins ferme dans ses décisions : par exemple dans l'affaire des Mines de cuivre (2). Certains apporteurs avaient fait attribuer à leurs apports une valeur évidemment exagérée : les mines du Var à la veille de faire faillite avaient été estimées 7.000.000 de francs ; les mines de Fillaoucen qui n'avaient jamais été exploitées étaient évaluées 600.000 francs : l'approbation avait été obtenue par des manœuvres frauduleuses ; la société fut annulée non pour majoration d'apports, mais pour approbation frauduleusement obtenue.

B). — S'agit-il de société formée entre apporteurs et dont le capital ne comprend que des apports en nature ? Les fondateurs n'ont à remplir dans ce cas aucune formalité ; la jurisprudence décide qu'il n'y a pas alors à s'arrêter à la question consentement et, *qu'en dehors de toute fraude*, la société peut être annulée si la majoration d'apport est démontrée.

Ces deux hypothèses doivent-elles être séparées ?

Cette distinction de la jurisprudence a pour résultat de rendre plus fréquente la nullité dans la deuxième hypothèse que dans la première, et, par conséquent, d'engager plus souvent la responsabilité de l'apporteur.

Cette responsabilité ne sera pas la même dans les deux

(1) Paris, 2 avril 1886 ; — *Rev. Soc.*, 1887, p. 122.

(2) Lyon 14 juin 1895. *Cas.*, 10 novembre 1897 ; — S. 97, 1, 505 ; — *Rev. Soc.* 1895, p. 554.

cas : en effet dans la première hypothèse, l'apporteur sera soumis à l'article 8, s'il s'agit d'une commandite par actions, à l'article 42 s'il s'agit d'une société anonyme : car il n'aura pas fait vérifier ses apports conformément à l'article 4, loi de 1867 : il sera donc tenu solidairement avec les fondateurs et les premiers administrateurs ou les membres du premier conseil de surveillance, suivant les cas, du préjudice causé aux actionnaires ou aux tiers.

Dans la deuxième hypothèse l'apporteur ne sera tenu qu'en vertu du droit commun des articles 1382 et 1383 C. c. : la majoration des apports a causé un préjudice : il faut le réparer.

Il y a donc obligation pour l'apporteur, dans ces cas, à ne pas majorer son apport.

Faut-il dire que cette obligation existe toujours d'une manière effective ? En dehors de toute question de nullité de la société, est-il permis de dire que la majoration en elle-même entraîne une responsabilité quelconque ? Peut-on dire que la majoration non frauduleuse constitue une faute entraînant l'application de l'article 1382 C. c. ?

Cette question s'est posée devant la Cour de Cassation (1). La Cour a décidé que la seule majoration ne donne pas lieu à la responsabilité des fondateurs et apporteurs. Du moment qu'un dol n'est pas prouvé, il n'y a pas à rechercher si cette majoration constitue une faute, ni s'il existe une relation entre cette faute et la ruine de la société.

La majoration n'est donc une cause de dommages et intérêts que lorsque les parties ont été trompées. En

(1) Cas. 21 juillet 1890. *Journal des Trib. de commerce.* 1890, p. 689.

de hors des cas de dol ou de fraude, aucune sanction ne lui est applicable. Elle constitue une lésion : c'est le caractère que les auteurs (1) et la jurisprudence lui reconnaissent avec raison ; or, la lésion ne donne lieu à une action en dommages que dans les cas prévus par la loi. Et nous ne sommes pas en présence de l'une de ces hypothèses.

Donc, en elle-même la majoration est dénuée de sanction. C'est le dol ou la fraude qui engagent la responsabilité civile de l'apporteur : cette responsabilité pourra même devenir pénale, suivant le caractère des manœuvres employées pour obtenir l'approbation (2).

En résumé, si l'apporteur est toujours obligé de faire un apport sérieux, on peut, de la jurisprudence, induire qu'il n'est pas toujours contraint d'attribuer à l'apport sa valeur réelle.

Cette jurisprudence pourrait, semble-t-il, être critiquée. L'apporteur devrait toujours être tenu de faire un apport sérieux, c'est-à-dire non fictif et non majoré. En effet, nous avons dit que l'apport ne devait jamais être fictif : or, qu'est-ce qu'un apport majoré, sinon un apport fictif pour partie ? On dit, il est vrai, qu'il n'y a dans la majoration qu'une question de valeur : pour des raisons multiples, on estime certains apports plus qu'ils ne valent ; l'absence de tout dol suffit pour couvrir cette majoration. Ce raisonnement est exact, mais il n'en reste pas moins certain que, pour partie, l'assemblée générale

(1) V. LYON-CAEN, ouvrage précité, t. II.

(2) Seine, trib. corr. 19 janvier 1884. *Rev. des Soc.*, 1884, p. 169.

approuve le néant (1); toutes les observations que nous avons faites à propos de l'apport fictif se présentent alors ici. On ne peut dire que la société manque d'objet; mais le capital social n'est pas couvert dans son intégrité. Ce fait devrait entraîner la nullité de la société et la responsabilité de l'apporteur sans que l'on eût à se préoccuper de l'approbation donnée par l'assemblée générale. Il faudrait alors, dans ces hypothèses, décider comme l'a fait un jugement du 5 juin 1896 analysé plus haut (2).

Cette opinion n'est pas l'opinion généralement admise. Elle nous semble logique : il serait peut-être souhaitable qu'elle fût adoptée; elle permettrait d'éviter bien des fraudes de la part des apporteurs et fondateurs, et bien des erreurs ou des entraînements de la part des assemblées constitutives.

SECTION II

OBLIGATION DE FAIRE PROCÉDER A UNE VÉRIFICATION SÉRIEUSE DES APPORTS ET A LEUR APPROBATION

Pour que la société existe, l'apporteur doit, nous l'avons vu, faire un apport non fictif. Pour qu'elle ait une allure normale et un fonctionnement régulier, l'apport

(1) Cela est si vrai, que, dans certaines hypothèses, la jurisprudence reconuait qu'une majoration trop forte rend les apports absolument fictifs. (V. Affaire des Mines de cuivre précitée.) Si l'on déclare qu'un apport dont la valeur réelle est de 50.000 francs en vaut 100.000, la situation est la même que si l'apporteur fait à la société l'apport d'un immeuble de 100.000 francs grevé d'hypothèques pour 50.000 et qu'il reçoive pour 100.000 francs d'actions. Et pourtant on dira qu'il y a majoration dans le premier cas, apport fictif dans le second : les deux situations sont cependant identiques. Il faudrait donc les assimiler.

(2) Trib. Bar-sur-Aube précité.

ne doit pas être majoré. Veiller à la réalisation de ces deux conditions, c'est assurer la sécurité des actionnaires et des tiers, favoriser le développement des sociétés et l'essor économique du pays. Il était nécessaire pour cela de faire vérifier l'apport et de le soumettre à l'appréciation des associés.

Au premier abord, il semble, comme le fait remarquer M. Thaller (1), que cela soit peu logique, puisque dans les statuts il est question de ce versement d'une nature particulière et que ces statuts ont été approuvés par les souscripteurs ; ils ont pris connaissance de leur contenu et l'ont ratifié : il n'y aurait pas besoin d'un vote spécial sur les apports.

Cependant, il s'est produit de tels abus, on a donné une évaluation si fortement exagérée d'apports sans valeur, que le législateur a, dans l'article 4 de la loi de 1867, pris des dispositions propres à prévenir le retour de pareils faits.

La loi désire une évaluation éclairée : tous les souscripteurs doivent être consultés. Elle prescrit donc dans ce but la réunion de deux assemblées générales. Dans la première, des explications pourront être demandées à l'apporteur. L'assemblée se contentera de nommer des commissaires chargés d'examiner l'apport et de faire connaître leur opinion : elle ne pourra, ce jour-là, prendre aucune autre décision. Les commissaires rédigeront un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de la deuxième assemblée. A ce moment, seulement, les souscripteurs donneront leur avis : ou bien ils accepteront l'apport et la

(1) THALLER : *Traité de droit commercial*.

société sera définitivement constituée; ou bien ils le rejeteront et, alors, elle restera sans effet à l'égard de toutes les parties; ou bien encore, ils exigeront une réduction de l'évaluation. Telles sont, sans entrer dans les détails, les dispositions prises par la loi (1).

Quel devait être, dans tout cela, le rôle joué par l'apporteur en nature ? Il ne faut pas perdre de vue qu'il est le principal intéressé. C'est de lui que peuvent provenir la plupart des fraudes. Plus que personne, il désire la fondation d'une société qui viendra le débarrasser de biens peut-être inexploitable ou sans valeur, et lui permettre d'en tirer un excellent parti. Plus qu'aucun autre, il veut recevoir en échange de son apport le plus grand nombre d'actions possible. Ses intérêts peuvent être les mêmes que ceux des fondateurs : il est possible, en effet, que ceux-ci souhaitent l'approbation des apports pour tirer un bénéfice de la fondation de la société et que tous s'entendent pour faire réussir leurs projets. Ces hypothèses de fraude concertée sont fréquentes. Citons, à titre d'exemple, l'affaire récente des Mines de cuivre (2) : de concert avec les fondateurs, les apporteurs s'étaient fait attribuer un nombre d'actions considérable en représentation d'apports qui n'avaient, pour ainsi dire, pas d'existence réelle.

Devait-on laisser l'apporteur en dehors de cette vérification ; fallait-il qu'il s'en désintéressât complètement ? Prendre une telle décision eût été imprudent. L'apporteur

(1) Des difficultés s'élèvent sur le calcul, dans les assemblées, du nombre des voix et du chiffre du capital représenté pour former la majorité requise par la loi, mais nous ne pouvons les examiner ici.

(2) Lyon, 14 juin 1895. Cas. 10 novembre 1897 précité.

eût été libre d'attribuer à son apport la valeur la plus exagérée, et il aurait échappé à toute responsabilité spéciale. Mieux valait donc l'obliger à faire vérifier et approuver ; il était nécessaire de le contraindre à surveiller ces opérations et de mettre, pour ainsi dire, ses intérêts en opposition avec ceux du fondateur.

C'est ce qu'a tenté de faire la loi.

Dans les commandites par actions, comme dans les sociétés anonymes, l'apporteur est obligé de faire procéder à la vérification et à l'approbation, C'est ce qui résulte des articles 8 et 42 (loi du 24 juillet 1867). Ces textes, en effet, le rendent solidairement responsable avec le fondateur de la nullité de la société, si les apports n'ont pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article 4. Il y a donc pour lui une obligation certaine.

Quelle en est l'étendue ? L'apporteur doit se soumettre à la vérification lorsqu'on y procède, ou la réclamer si elle tarde à se produire. Il doit veiller à ce que les formalités prescrites par l'article 4 soient accomplies ; cela résulte de la combinaison de différents textes : l'article 8 parle des apports non vérifiés « *conformément* à l'art. 4 » ; l'art. 42 dit : « *conformément* à l'art. 24 » et l'art. 24 renvoie à l'art. 4 de la loi de 1867. L'apporteur est donc obligé, non seulement de faire vérifier, mais encore de veiller à ce que la vérification soit conforme à la loi. Il doit exiger la composition et le fonctionnement régulier des assemblées générales. Il doit, lors de la première, être prêt à donner toutes les explications qui lui pourraient être demandées. Avant la deuxième assemblée, il doit aussi veiller à ce que le rapport imprimé des commissaires soit tenu à la disposition des actionnaires pendant les

cinq jours précédents. Il devra aussi s'inquiéter du nombre des actionnaires réunis et du chiffre du capital représenté. Ces obligations multiples lui sont implicitement imposées par ces mots des articles 8 et 42 : « conformément à l'article ou à l'article 24 ».

L'apporteur est responsable de l'accomplissement régulier de ces formalités : il doit veiller à ce que la vérification soit sérieuse et loyale. Cela est juste et nécessaire, car les premiers renseignements sont fournis par l'apporteur aux commissaires; il peut, s'il le veut, les induire en erreur, soit par des déclarations mensongères, soit par des dissimulations frauduleuses; il peut aussi s'entendre avec les fondateurs pour faire procéder à un semblant de vérification. C'est ce qui s'est produit dans l'espèce soumise à la Cour de Cassation le 10 novembre 1897 (1); par suite d'une collusion entre les apporteurs et les administrateurs de la société, la vérification avait été absolument fictive et illusoire; comme il s'agissait d'une société anonyme, l'article 42 fut appliqué aux apporteurs non pas, il est vrai, à raison de cette qualité, car ils avaient pris le titre de fondateurs, mais leur responsabilité eût été la même sans cette circonstance de fait.

C'est donc, en somme, un contrôle que la loi a voulu faire exercer sur les fondateurs et les commissaires par l'apporteur.

Mais quels vont être ses moyens d'action? La loi ne les indique pas. La question ne s'est pas posée devant les tribunaux et nous ne trouvons aucune jurisprudence sur ce point; la doctrine est muette. Il n'a donc

(1) Affaires des Mines de cuivre, précitée.

aucun moyen direct; mais cela ne veut pas dire qu'il soit sans pouvoir aucun.

Si les formalités ne suivent pas leur cours régulier, il pourra retirer les offres qu'il avait faites, se refuser à entrer dans la société jusqu'à ce que les dispositions légales aient été respectées. Ce procédé ne sera pas aussi anodin qu'il peut le paraître : il empêchera, au moins pour un temps, la constitution de la société, car la totalité du capital social ne sera plus couverte par les versements. De plus, abstraction faite de cette considération, l'apport peut présenter une très grande utilité pour le fonctionnement de la future société; car il lui serait peut-être difficile de se procurer aux mêmes conditions avantageuses une usine, ou un matériel industriel, ou des objets de la nature de ceux contenus dans l'apport. Si, en effet, la société rétribue facilement en actions un apport en nature, il lui sera peut-être moins aisé de se procurer le même objet en l'achetant : en tout cas, elle le paiera peut-être plus cher.

S'il lui déplait d'employer ce moyen énergique, il lui est loisible d'avertir les souscripteurs que la procédure n'a pas été régulièrement conduite. Les souscripteurs agiront comme ils l'entendront, mais la responsabilité de l'apporteur sera dégagée. D'ailleurs, la simple menace de cette dénonciation suffira probablement à faire disparaître tous les inconvénients. Ces deux moyens ne constituent pas des armes parfaites : la loi eût dû en donner de meilleures ou, tout au moins, en indiquer.

Quoi qu'il en soit, l'irrégularité de la vérification ou de l'approbation entraînera la nullité de la société : c'est cette nullité qui entraînera la responsabilité de l'apporteur.

Cette obligation de surveillance est sanctionnée dans les articles 8 et 42. Ces textes imposent une responsabilité à l'apporteur en cas de vérification ou d'approbation irrégulière des apports. Cette responsabilité, quelle est-elle ?

Disons d'abord que c'est la seule responsabilité spéciale édictée contre l'apporteur : Il est tenu d'une manière générale du dommage personnellement causé à autrui par sa faute ou son fait (art. 1382, 1383. Code civ.), dans l'hypothèse du dommage causé par les irrégularités de procédure ; il est garant de son apport aux termes de l'article 1845, mais ce sont là des responsabilités générales qui ne rentrent pas dans le cadre de cette étude.

De la responsabilité spéciale des articles 8 et 42, nous n'avons à indiquer que les grandes lignes : elle est en effet la même que celle des fondateurs quant à l'étendue. Mais, elle ne se produit que dans deux cas indiqués par la loi. Toutes les fois que les irrégularités de la vérification ou de l'approbation leur seront imputables, les apporteurs seront solidairement responsables avec les membres du premier conseil de surveillance et le gérant, dans les sociétés en commandite par actions, avec les fondateurs et les premiers administrateurs dans les sociétés anonymes, du dommage résultant pour les actionnaires ou les tiers de l'annulation de la société (1).

(1) Nous nous bornons à renvoyer aux ouvrages qui ont paru sur la responsabilité des fondateurs et à la jurisprudence qui les concerne :

V. BOISTEL : *Précis de droit commercial*. — LYON-CAEN et RENAULT précités, t. II. — THALLER : *Traité élémentaire du droit commercial*, *Annales*, 1890, II, 200. *Revue critique*, 1885, p. 285. — HOUPIN, précité. — PONT : *Sociétés commerciales*. — VAVASSEUR : *Traité des sociétés civiles et commerciales*. — DELOISON : *Traité des sociétés commerciales*.

En résumé : 1° l'apporteur est obligé de faire un apport sérieux ;

2° Il lui est possible de le majorer dans une certaine mesure ;

3° Pour des motifs de sécurité publique, il doit faire vérifier et approuver ses apports et surveiller l'accomplissement de ces formalités.

— BOUSQUET-PONTIÉ : *Du conflit entre les pouvoirs de l'assemblée générale et les droits individuels des actionnaires*. — LARUE : *Responsabilité des fondateurs des sociétés anonymes*. — PERCEROU : *Des fondateurs de sociétés anonymes*. — J. PERROUD : *De l'exercice des actions judiciaires par les actionnaires*.

D., 1869, II, 145 et la note Griolet.

S. 1874, I, 97 ; — S. 1881, II, 249 ; — S. 1885, I, 97 ; — S. 1885, I, 473 et les notes Labbé.

D. 1890, II, 321 et la note Levillain.

S. 1882, II, 25 et la note Lyon-Caen.

D. 1893, II, 249 et la note Pic.

CHAPITRE III

Droits de l'apporteur.

Ce chapitre porte, *brevitatis causa*, le titre de « Droits de l'apporteur ». Il eût été plus exact, en tous cas, plus explicite, de l'intituler : « Des modifications que la nature de l'apport fait subir aux droits des actionnaires », ou bien encore : « Des modifications des droits de l'apporteur correspondant à ses obligations ». Nous allons voir, en effet, que si l'apporteur est un associé, il est néanmoins placé dans une situation spéciale par le fait même de l'apport en nature.

A l'associé souscripteur en numéraire, on accorde tous les droits que comporte le titre d'associé : droit de vote dans toutes les assemblées, droit à des actions libérables par fractions et immédiatement négociables, droit de réclamer la nullité de la société.

Le besoin de sécurité qui inspire les lois de 1867 et de 1893, la défiance qu'inspire l'apport en nature, l'obligation pour l'apporteur d'effectuer un apport sincère et de provoquer une vérification loyale, tout cela entraîne pour

l'apporteur une modification profonde des droits d'un associé ordinaire. Ces droits subissent, pour ainsi dire, des dégradations, des atténuations et c'est, en partie, ce qui donne à l'apporteur ce caractère flottant, cette position indécise entre le fondateur et le souscripteur en numéraire :

La loi lui enlève le droit de vote dans l'assemblée constitutive.

Les actions qu'il reçoit doivent être entièrement libérées. Elles ne sont négociables qu'après un certain temps.

Nous étudierons ces questions en deux sections :

Section I. — Du droit de voter pour l'approbation des apports.

Section II. — Du droit de l'apporteur à une contre-valeur.

SECTION I

DU DROIT DE VOTER POUR L'APPROBATION DES APPORTS

C'est encore, et l'on ne saurait trop le répéter, de l'idée, nous devrions dire, du principe de sécurité, qu'il faut partir. Ici, plus qu'ailleurs, cette idée va nous guider pour résoudre les difficultés qui se présentent. C'est elle qui nous permettra d'écarter des solutions trop rigoureuses, dépassant les besoins de la société et du public appeler à contracter avec elle. Tout revient donc à se demander, s'il y a, ou s'il n'y a pas danger pour les associés ou pour les tiers.

Les apports en nature sont, nous l'avons vu, astreints à une vérification sérieuse : l'apporteur doit les soumettre à l'approbation d'une assemblée générale à laquelle lui-même est convoqué. Quel doit y être son rôle ? Est-ce un rôle consultatif ? Où est le danger ? Il n'existe certes pas si l'on se contente de donner simplement à l'apporteur voix consultative. L'apporteur connaît mieux que tout autre les qualités et les défauts de son apport ; il en sait à peu près la valeur exacte ; il est donc à même de fournir aux souscripteurs les explications qu'ils pourraient désirer. D'autre part, il a réclamé un certain nombre d'actions en échange de ses apports ; il est juste de lui permettre de soutenir ses prétentions. Il est vrai que, déjà, il a été entendu par les fondateurs, et que les commissaires chargés du rapport ont dû s'enquérir de ses prétentions. Mais, il n'en conserve pas moins jusqu'au bout le droit de défendre ses intérêts. Sa présence n'aura, du reste, pas grande influence. Ou bien ses dires se trouveront contredits par ceux du rapporteur ; et, dans ce cas, cette contradiction mettra en éveil l'attention des souscripteurs ; ou bien les renseignements par lui fournis confirmeront ceux qui résulteront du rapport, et alors, aucun doute ne sera permis sur la valeur du bien apporté.

Si on lui accorde voix consultative, il n'aura donc sur l'assemblée qu'une action peu efficace et très limitée. Les auteurs sont d'accord sur ce point ; ils reconnaissent que sa présence peut être utile (1). La jurisprudence est dans le même sens ; bornons-nous à citer un jugement du tribu-

(1) DELOISON : *Sociétés commerciales*, n° 327. — LYON-CAEN et RENAULT, II, n°s 710, 712. — BESLAY et LAURAS, n° 463.

nal de la Seine du 3 mars 1893 (1) déclarant que : « la loi n'empêche pas les apporteurs de donner leur voix dans la discussion préparatoire » : ils peuvent fournir tous renseignements utiles pour établir la sincérité des déclarations.

Mais, le droit de voter serait entre ses mains une arme autrement dangereuse : ce droit constitue en effet le véritable moyen d'action. Il y a danger à laisser l'apporteur se prononcer pour ou contre l'approbation. Lui accorder dans l'assemblée un rôle délibératif serait illogique et injuste : illogique, car on retirerait d'une main à la société les garanties qu'on lui offrirait de l'autre ; injuste, car on ne doit pas être en même temps juge et partie. Il était donc nécessaire de refuser à l'apporteur le droit de vote dans l'assemblée constitutive : le législateur l'a compris.

L'article 4, § 5 (loi de 1867) déclare que : « les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative ».

Remarquons tout d'abord que le droit de vote sera retiré à l'apporteur dans l'une seulement des deux assemblées constitutives : la deuxième. Le texte parle explicitement de « l'apport soumis à l'appréciation de l'assemblée » : il s'agit de l'assemblée qui doit approuver ou rejeter l'évaluation de l'apport, mais non de celle qui est chargée de nommer les commissaires rapporteurs : dans celle-ci, l'apporteur peut voter. Il n'est exclu que de l'assemblée de vérification proprement dite. Cette

(1) *Journ. des Soc.*, 1893, p. 161 et 168 (Soc. nouvelle du canal de Verdon).

mesure est bien faite pour surprendre. Elle constitue de la part du législateur une imprudence qu'il aurait été facile d'éviter.

Quelle est la portée de cette disposition dont nous connaissons les motifs ?

Aucun doute n'est permis : l'article 4, § 5 s'applique à tous les apporteurs en nature : ils ne pourront pas voter pour l'approbation des biens qu'ils auront apportés.

Mais que faudra-t-il décider dans l'hypothèse moins simple où l'apporteur est en même temps souscripteur en numéraire. Il a dans cette hypothèse une double qualité. En tant qu'apporteur, il ne peut, nous le savons, voter sur ses apports. Mais, en tant qu'actionnaire en numéraire, doit-on lui dénier ce droit ? Quelle est celle des deux situations qui doit l'emporter sur l'autre ? Ne pourrait-on pas dire que la personnalité de l'apporteur se dédouble, que son vote émis en qualité de souscripteur ne sera pas celui qu'il émettrait comme apporteur ? Une telle considération doit être repoussée. Il suffit de nous reporter à l'idée de sécurité : le législateur se défie des exagérations dans l'estimation de l'apport : ce danger est-il à craindre ici ? Certainement oui. Les motifs qui expliquent la décision négative donnée par la loi à l'égard de l'apporteur en nature se rencontrent-ils ici ? Oui. L'associé ne se trouve pas dans une position indépendante : il est permis de douter de son désintéressement. Or, ne doivent être admis à voter, que ceux qui n'ont aucun intérêt à obtenir un vote favorable. Dès lors, ce sont les mesures de prudence qui doivent prévaloir. La qualité de souscripteur en numéraire est accessoire et ne doit pas être prise en considération.

C'est l'opinion de la plupart des auteurs (1).

La jurisprudence est dans le même sens. Diverses décisions peuvent servir d'exemples : deux surtout doivent être analysées, soit à raison de leurs motifs qui sont très nets, soit à raison des circonstances de la cause qui sont intéressantes.

La première espèce est un exemple type (2). Plusieurs individus fondent à Paris une société anonyme, sous le nom de « Société des Journaux républicains réunis ». On attribue aux apporteurs un certain nombre d'actions en représentation de leurs apports ; mais, ils souscrivent en même temps quelques actions en numéraire. Ils prennent part au vote sur l'approbation des apports. La nullité de la société est demandée, le 6 novembre 1890, le tribunal de commerce de la Seine déclare la société nulle, le simple vote des apporteurs viciant la société.

La Cour de Paris, le 17 novembre 1891, reconnaît au contraire la validité de la société, bien que le vote n'émane pas uniquement de souscripteurs en numéraire. L'arrêt déclare que les actionnaires qui ont fait l'apport n'ont pas voix délibérative même s'ils joignent à leur qualité celle de souscripteurs d'actions en numéraire. Il n'annule cependant pas la société, car, dit-il, « la seule participation au vote n'entraîne la nullité de la société qu'au cas où il est constaté que le vote d'un ou de plu-

(1) V. les auteurs précités. BESLAY : *Des sociétés*, n° 463. — PONT : *Soc. com.*, II, n° 1008. — RIVIÈRE : *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867*, n° 47. — MATHIEU et BOURGUIGNAT : *Commentaire de la loi sur les Soc.*, n° 45. — BÉDARRIDE : *Commentaire*, n° 123. — VAVASSEUR : *Soc. civiles et comm.*, 3^e éd., I, n° 419.

(2) Paris, 17 novembre 1891. S. 92, II, 281. *Journ. des Soc.* 1892, p. 9 et sur pourvoi, 6 novembre 1894. S. 95, I, 113.

sieurs apporteurs a dû entrer en ligne de compte pour constituer la majorité exigée par la loi ».

Donc, malgré leur désaccord, ces deux juridictions établissent, d'une manière ferme, que les apporteurs en nature n'ont pas voix délibérative à propos des apports soumis à l'appréciation de l'assemblée générale. La divergence de ces solutions tient à ce que tout le monde n'est pas d'accord sur la portée de l'article 4, § 5, mais aucun doute n'est possible sur le principe.

Nous trouvons un deuxième exemple dans un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 17 décembre 1894 (1). Ici, l'hypothèse est plus compliquée. Une société anonyme s'était fondée en septembre 1888, sous le nom de Compagnie centrale des cafés-restaurants. Le capital de 7.500.000 francs était divisé en 15.000 actions de 500 francs chacune : 11.843 entièrement libérées avaient été attribuées à B... en représentation d'un apport de vingt fonds de commerce ; 2.832 avaient été souscrites par de G... ; les autres par neuf personnes. Lors de l'assemblée constitutive, B..., l'apporteur, s'abstint de prendre part au vote. Mais, il fut démontré que toute l'opération avait lieu dans l'intérêt unique du sieur de G... Il n'y avait là qu'une spéculation destinée à lui procurer un bénéfice immédiat considérable. L'apporteur B... n'était en réalité qu'un apporteur fictif ; il fut prouvé qu'il n'était que l'agent de de G... Or, ce dernier avait pris part au vote sur l'approbation des apports. La nullité de la société fut demandée et obtenue. Il faut donc retenir de cet arrêt que la disposition de l'article 4, § 5 doit

(1) S. 4895, I, 413.

recevoir son application, même au cas où les associés joignent à la qualité d'apporteurs en nature celle de souscripteurs en numéraire. La difficulté, dans cette hypothèse, était qu'au premier abord on pouvait croire à la constitution régulière de la société.

Il y a, en sens inverse, des cas dans lesquels on pourrait croire que des apporteurs prennent part au vote bien qu'il n'en soit rien. On doit se garder de leur étendre les dispositions dont il est question : l'article 4, § 5 ne s'applique qu'aux apporteurs en nature.

Par exemple, la Compagnie de Fives-Lille et la Banque russe et française avaient fondé en 1888, une société française dite « des Chemins de fer argentins ».

La Compagnie de Fives-Lille lui faisait apport de la concession de ces chemins par le gouvernement argentin. Des administrateurs de la Compagnie de Fives-Lille, souscripteurs d'un certain nombre d'actions, prirent part aux votes dans les assemblées constitutives. La nullité de la société fut réclamée : devant la Cour de Paris, on invoquait la constitution irrégulière de la société, car, disait-on, les administrateurs de la Compagnie, apporteurs, avaient pris part au vote sur l'approbation des apports. La Cour de Paris ne trancha pas la question d'une manière bien précise : elle constata seulement que l'approbation avait été donnée à l'unanimité ; que tous les intéressés à ces votes qui, aux termes de la loi, devaient s'abstenir d'y prendre part s'étant abstenus, la société ne pouvait pas être annulée (1).

La Chambre des Requêtes (2) déclare d'une façon très

(1) 17 avril 1894, S. 95, II, 121, note Walh.

(2) 5 novembre 1895, D. 97, I, 113, note Thaller.

nette que l'approbation s'est faite « conformément à la loi » : le directeur de la Compagnie de Fives-Lille s'est abstenu de prendre part au vote et cette abstention suffit pour que l'on puisse déclarer régulière la constitution de la société. Les administrateurs qui ont voté ont souscrit les actions en leur nom personnel : ils ne représentaient nullement la Compagnie Fives-Lille. Or, les termes de l'article 4 (loi de 1867) sont formels : ils édictent l'exclusion seulement contre ceux qui font en leur nom propre des apports ou stipulent pour eux-mêmes des avantages particuliers.

Cette décision semble venir à l'encontre du principe posé en tête de ce chapitre. Dans l'espèce, en effet, les administrateurs de la Compagnie Fives-Lille avaient un intérêt certain à ce que les apports faits par celle-ci fussent évalués le plus cher possible : il y avait donc danger à les laisser participer au vote.

Certains auteurs ont été surpris d'une telle situation. M. Houpin (1) n'admet pas que les administrateurs de la société qui fait l'apport aient le droit de prendre personnellement part au vote sur l'approbation de l'apport, même si cette société est représentée par un autre mandataire. Pour lui, les administrateurs personnifient la société ; ils ont fixé les conditions de l'apport ; ils ont délégué quelqu'un pour le réaliser, et, cela, au nom de la société : dans ces conditions, on ne saurait leur concéder le droit de voter personnellement. Il faut même, d'après cet auteur, aller beaucoup plus loin : il faut exclure du vote, non seulement les administrateurs, mais même les simples

(1) *Traité des sociétés*, I, p. 48.

actionnaires de la société apporteuse, qui sont en même temps actionnaires de la société qui reçoit l'apport. Ces associés ont un intérêt personnel à l'approbation de l'apport, intérêt opposé à celui des autres actionnaires de la société nouvelle. Il y a lieu de redouter des fraudes qu'entraînerait la solution contraire.

Nous ne pouvons nous ranger à cette opinion. Pour la repousser, remarquons en fait :

1° Que la Compagnie de Fives-Lille était dans la circonstance représentée par son directeur : or, celui-ci s'était abstenu de prendre part au vote ;

2° Que les administrateurs avaient souscrit en leur nom personnel : s'ils avaient été en cette occurrence les prête-nom de la Compagnie, la solution eût été différente ; nous serions en présence de mandataires auxquels l'article 4, § 5 et l'article 24 de la loi de 1867 se fussent parfaitement appliqués. Force eût été d'annuler la délimitation, et, à titre de conséquence, la société.

Mais, en outre, il convient de remarquer en droit :

1° Que les termes de la loi sont formels. Elle s'applique à tous ceux qui *font* un apport, mais à ceux-là seulement. Elle ne vise pas ceux qui sans rien apporter auraient intérêt à ce que l'apport soit favorablement accueilli et largement rémunéré.

2° Que les sociétés anonymes et en commandite par actions constituent des personnes morales absolument distinctes des associés qui les composent (1). Les associés ne constituent pas des unités dont la société ne serait que

(1) AUBRY et RAU : *Traité de droit civil* ; I., p. 188. THALLER précité p. 435, n^{os} 201, 202, 205, 206, et s.

le total. La société existe par leur réunion, mais aussi en dehors d'elle. L'apport fait par la société n'est donc pas effectué par chacun des actionnaires, ni totalement, ni partiellement. Les administrateurs personnifient la société, c'est vrai, mais seulement quand ils agissent en son nom. Lorsqu'ils agissent pour leur propre compte, les termes des articles 4 et 24 ne leur sont plus applicables.

Pour que ces textes puissent être appliqués, il faudrait un cumul de la qualité d'apporteur et de celle de souscripteur en numéraire. Il n'existe pas ici.

Du reste, les conséquences mêmes du système adopté par M. Houpin suffisent à le faire repousser. Quand le premier pas est fait dans la voie de l'extension, il n'est guère possible de s'arrêter en chemin et, de fait, M. Houpin pousse son système jusqu'à ses extrêmes limites : il lui est, en effet, difficile de déclarer que les actionnaires de la société apporteuse seront tout à fait désintéressés ; il n'hésite pas à leur refuser le droit de vote. Nous tombons alors dans l'arbitraire. La constitution d'une société, dans ces conditions, devient une affaire de pur hasard. Il faudrait, pour que les fondateurs fussent certains de sa régularité, vérifier les qualités de chacun des votants, scruter ses intérêts et se demander si rien ne vient compromettre la sincérité, la loyauté de son vote : nous aboutirions à un régime de pure fantaisie.

D'ailleurs, si le législateur semble avoir sacrifié le principe de sécurité, c'est encore à lui qu'il a dû penser en n'édicant pas des mesures d'une plus large portée d'application. La sécurité du public exige non seulement des dispositions législatives préventives ou répressives de la fraude ; elle réclame en outre, la stabilité des sociétés une

fois fondées. Elle a besoin que le nombre des cas de nullité soit restreint. S'il est utile, dans certains cas, d'obtenir la nullité, il ne faut pas cependant qu'un doute perpétuel plane sur l'existence des sociétés ou qu'elles soient toujours sous la menace d'une annulation possible. Les nullités seraient très fréquentes si l'article 4, § 5 pouvait s'appliquer à l'encontre de tous ceux dont le vote ne serait pas absolument désintéressé. Or, cette fréquence de la nullité constitue au premier chef une cause d'insécurité. Elle eût arrêté ou tout au moins gêné le développement des sociétés et paralysé dans une certaine mesure l'essor économique d'un pays.

Si l'on objecte enfin que la loi ne peut pas prévoir tous les cas, qu'elle ne donne que des principes généraux et qu'il ne faut pas se faire les esclaves de sa lettre, nous répondrons qu'il est bon, dans certaines hypothèses, de s'en tenir au texte lui-même ; non pas strictement, mais d'une façon intelligente et que des dispositions écrites dans l'intérêt de tous ne doivent pas, par une interprétation exagérée, aller à l'encontre de leur but.

La conclusion est donc celle-ci : pour qu'il soit exclu du vote, il faut et il suffit que l'associé soit apporteur en nature.

Il conviendra d'appliquer la même solution à l'apporteur auquel auraient été attribuées des actions mixtes, c'est-à-dire libérées partiellement par un apport en nature et partiellement par du numéraire. Le raisonnement serait le même (1).

Les articles 4 et 24 (loi du 27 juillet 1867) établissent,

(1) Cas. 6 novembre et 17 décembre 1894 précités, note Lyon-Caen.

on vient de le voir, une véritable incapacité à l'égard de l'apporteur en nature. Il est certain que cette incapacité se limite au vote dans la deuxième assemblée constitutive. Mais, dans cette mesure, quel est son caractère ? L'associé qui a fait un apport en nature est-il exclu du vote d'une manière absolue ? Ne pourra-t-il en aucun cas y prendre part, ou bien cette incapacité est-elle simplement relative ? Pourra-t-elle disparaître quand l'assemblée délibérera non plus sur l'apport en nature, mais sur des avantages particuliers consentis à d'autres qu'à l'apporteur ; ou sur des apports faits par d'autres que par lui ; ou lorsqu'il voudra voter, non pas en son propre nom, mais au nom d'un autre actionnaire souscripteur en numéraire, à titre de mandataire de ce dernier ?

Deux opinions se sont fait jour. L'une, qui a prévalu en jurisprudence, décide que l'incapacité est relative : la loi ne viserait que le cas très spécial de l'apporteur votant l'approbation de son propre apport. Dans cette hypothèse on aperçoit nettement des intérêts opposés : d'une part, l'intérêt de la société, car c'est pour elle que s'exerce un contrôle, d'autre part, l'intérêt particulier des associés apporteurs dont les déclarations font l'objet du contrôle (1). Au contraire, cette opposition d'intérêts n'apparaît pas dans les hypothèses énumérées ci-dessus : l'intérêt de l'associé est le même que celui de la société ; il n'y a pas de raison pour écarter son vote.

D'après l'autre opinion, l'article 4, § 5 établit une incapacité absolue. N'est-ce pas, du reste, l'esprit de la loi ? Aux

(1) PONT : *Soc. comm.*, II, 4009. — BOISTEL : *préc.* n° 256. — RUBEN DE COUDER : *Dict.* n° 137. — VAVASSEUR : *Soc. com.*, I, n° 449.

termes de cet article, la majorité nécessaire à l'approbation des apports, dans les commandites par actions, doit comprendre « le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire »; d'après l'article 30, pour les sociétés anonymes, « l'assemblée de vérification doit être composée d'un nombre d'actionnaires représentant, au moins, la moitié du capital social »: ce capital comprend seulement des apports non soumis à la vérification. Que conclure de ces textes sinon que les apports en nature sont complètement exclus du vote dans ces assemblées ?

La question mérite d'être étudiée à propos de chacune des hypothèses,

I. — Vote de l'apporteur en nature pour l'approbation d'avantages particuliers.

Nous ne trouvons pas dans la jurisprudence cette hypothèse précise : nous en rencontrons une qui est voisine : mais la jurisprudence raisonnerait dans le premier cas comme elle le fait dans l'espèce que nous signalons ; à ce titre, elle mérite d'être examinée (1). L'un des fondateurs d'une société avait pris part au vote sur l'approbation des apports, il s'était abstenu quand on avait voté sur les avantages particuliers à lui consentis. La nullité de la Société avait été réclamée : la Cour de Paris déclara que la nullité n'était pas recevable de ce chef « Puisque, par aucune disposition de la loi, les simples fondateurs ne sont exclus de la majorité ayant compétence pour vérifier et apprécier les apports ».

(1) Cas., 20 janvier 1892, D. 92, I, 229.

La Cour de Cassation confirme cette décision, alléguant que si les articles 4 et 24 enlèvent dans certains cas le droit de vote aux apporteurs en nature, ou à ceux des associés qui doivent bénéficier des avantages statutaires, « cette incapacité, purement relative, ne comporte, pour chacune de ces catégories d'actionnaires, la nécessité de s'abstenir que dans le scrutin auquel elle est spécialement intéressée ».

Cette décision pourrait aussi bien convenir à notre question. Est-ce là bien juger ? Si l'on se reporte au principe posé en tête de ce chapitre, il faudra répondre : non. Les rapports du fondateur avec l'apporteur sont ou peuvent être fréquents : il pourra se produire entre eux une entente réciproque, le fondateur approuvant les apports, pour obtenir de l'apporteur un vote favorable sur les avantages particuliers par lui stipulés. C'est une fraude possible qui se produira avec le système de l'incapacité relative. Déclare-t-on, au contraire, que l'incapacité est absolue, tout danger disparaît.

II. — Vote de l'apporteur pour l'approbation d'apports faits par un autre associé.

Ici, la jurisprudence admet d'une manière assez générale que l'apporteur peut valablement donner son avis et voter.

Un arrêt de la Cour de Paris (1) le déclare implicitement : lors de la constitution d'une société, des apports avaient été approuvés par l'unanimité des actionnaires (souscripteurs en numéraire et apporteurs en nature). Le

(1) 17 novembre 1891. *Journ. des Soc.*, 1892, p. 9. S. 92, II, 281.

Tribunal de commerce de la Seine avait prononcé la nullité de cette société pour constitution irrégulière. La Cour de Paris réforma le jugement : la délibération avait obtenu la majorité requise par la loi ; les apports avaient été approuvés par le quart en nombre de la totalité des actionnaires et par le quart social en numéraire, « en observant que les apporteurs, qui sont en même temps souscripteurs en numéraire, ont voix délibérative pour approuver les apports faits par les autres sociétaires ». Cette décision montre nettement que si, au moment de la constitution, chaque apporteur avait voté non sur ses propres apports, mais sur ceux de son co-associé, aucun doute n'aurait dû s'élever sur la validité et la régularité de cette constitution.

On pourrait interpréter dans le même sens l'arrêt de Cassation précédemment analysé.

Pourtant quelques flottements se sont produits dans la jurisprudence. Certains auteurs (1) invoquent en sens contraire un arrêt du 22 février 1888 (2).

La Cour de Cassation confirmait à cette date l'annulation d'une société prononcée pour irrégularité de constitution. Dans cette espèce les apporteurs avaient pris part au vote : toutefois, chacun d'eux n'avait voté que sur les apports des autres et s'était abstenu quand ils s'était agi des siens. Mais cet arrêt est rendu dans une hypothèse très spéciale. La nullité de la société avait été prononcée pour une tout autre cause, les associés apportaient un bien indivis entre eux tous. A raison même de cette indivision

(1) HOUPIŒ préc., I, p. 428, note 3.

(2) D. 1888, I, 297.

il importait peu que chaque apporteur s'abstint de voter quand on discutait son apport. Du moment qu'il prenait part au vote sur l'un quelconque des autres apports, il votait implicitement sur le sien. Cependant, la Chambre des Requêtes tout en tenant compte de cette situation de fait, pose en principe que : aux termes de l'article 4 de la loi de 1867, les associés qui ont fait l'apport soumis à l'appréciation de l'assemblée générale n'ont pas voix délibérative et que cette disposition est absolue.

Un arrêt de la Cour d'Alger (1) est plus net : l'espèce est à peu près la même que celle de Paris, 17 novembre 1891. Là encore des apporteurs en nature ont voté dans l'assemblée constitutive. La Cour se demande si, en faisant abstraction de leurs voix dans cette assemblée, la majorité requise est encore atteinte : incidemment elle constate qu'un apporteur en nature, en même temps souscripteur en numéraire, ne pourrait voter ni sur ses apports, ni sur ceux d'un coassocié.

Il conviendrait, selon nous, d'adopter cette opinion, car, ici encore, la fraude peut se produire. Les apporteurs peuvent aisément se promettre leurs bons offices et il serait presque impossible de prouver une pareille entente. Cependant cette opinion rencontre des objections.

La jurisprudence, fait remarquer l'opinion adverse, leur permet de voter pour des raisons d'ordre pratique : si l'on exclut du vote les apporteurs, pour calculer la majorité requise par la loi, on ne pourra faire entrer en ligne de compte ni leur personne, ni le capital que représentent leurs apports et les actions en numéraire par eux

(1) Alger, 13 juin 1893, D. 96, II, 307.

souscrites. Il y aura des cas où la société ne pourra se constituer, car l'assemblée constitutive ne pourra fonctionner. Il ne faut pas, par crainte d'un danger hypothétique, empêcher le groupement de ceux qui voudraient fonder une société.

L'objection peut être repoussée : dans notre hypothèse la constitution d'une société n'est pas impossible. Il suffira que les fondateurs laissent un plus grand nombre d'actions à la disposition des souscripteurs en numéraire pour que tout inconvénient disparaisse ; ou bien que les apporteurs en nature s'abstiennent de souscrire en numéraire pour diminuer le chiffre du capital social par eux possédé.

Une dernière objection est tirée de l'article 4 *in fine*. Ce texte prévoit le cas où les copropriétaires d'un bien fondent une société par actions avec ce bien pour apport. Dans ce cas, les apporteurs sont dispensés de toute formalité. Mais que faudra-t-il faire si le capital de la société ne se compose que d'apports en nature appartenant personnellement à chaque apporteur ? Si l'apporteur est exclu du vote d'une manière absolue, la constitution de cette société ne pourra pas avoir lieu. En effet : l'article 4, dans le cas où l'apport est indivis entre les apporteurs, déclare que toute formalité est inutile, chacun connaissant la valeur du bien. Mais il n'en est plus de même dans l'hypothèse que nous examinons : il faut ici recourir aux formalités ordinaires de constitution ; les apports doivent être approuvés par une assemblée générale. Or, les actionnaires ne sont que les apporteurs. S'ils n'ont pas mutuellement voix délibérative sur leurs apports l'assemblée générale ne pourra fonctionner, puisqu'il n'en pourra sortir aucune décision. Donc, il y a encore là une

hypothèse où la constitution est impossible. Donc, il faut repousser l'opinion absolue d'après laquelle l'apporteur n'aurait en aucune façon voix délibérative dans l'assemblée constitutive.

Cette objection ne peut servir d'argument au système de la jurisprudence ; car les mêmes tribunaux qui admettent l'exclusion relative de l'apporteur, permettent la constitution sans formalités des sociétés formées entre les propriétaires individuels des apports, et cela, précisément parce que les assemblées générales ne sauraient avoir lieu ! C'est, d'ailleurs, une question que nous retrouverons plus loin.

III. — Vote émis par l'apporteur au nom d'un souscripteur en numéraire dont il est le mandataire.

Cette troisième hypothèse est plus délicate encore. L'apporteur émet un vote, non pas en son nom personnel, mais au nom d'un souscripteur qu'il représente. Nous n'avons plus ici un seul individu obligé, pour ainsi dire, de se dédoubler, afin d'émettre un vote sincère. Nous nous trouvons en présence de deux individus, dont l'un, le mandant, a le droit de voter, dont l'autre, s'il n'était mandataire, serait exclu du vote. Les articles 4, § 5 et 24 s'appliquent-ils ici ?

La question a été tranchée dans le sens de la négative par un arrêt de la Cour de Cassation du 20 janvier 1892 (1).

(1) D. 92, I, 152.

Les motifs de l'arrêt sont peu développés : il faut se demander seulement si le mandant est capable de voter. Les véritables motifs se trouvent dans le rapport que M. le conseiller Roussellier a présenté à la Cour à propos de cette espèce.

M. Roussellier invoque deux arguments : 1° les principes du mandat ; 2° la distinction entre deux situations sans analogie.

1° Les principes du mandat : le mandataire s'oblige envers le mandant et lui doit compte de l'accomplissement de son mandat (art. 1993 C. c.). Peu importe donc, par rapport à cet acte, la capacité du mandataire. L'associé est libre de choisir pour mandataire tel ou tel individu : il a le droit de désigner même un non-associé qui, en soi, n'a aucune qualité pour participer aux délibérations. Seuls, les statuts spéciaux de la société pourraient interdire cela. Dès lors, en l'absence d'un texte ou d'une convention, il est impossible de restreindre arbitrairement le droit du mandant.

2° D'ailleurs, il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle de l'apporteur, souscripteur d'actions en numéraire, cherchant à voter l'approbation des apports en qualité d'actionnaire en numéraire. En droit, un tel apporteur ne peut dédoubler sa personnalité : cette observation est exacte, car, si le droit de voter lui était concédé, il n'aurait qu'un suffrage à émettre et, dans le quorum, il ne compterait que pour un seul individu.

La situation serait différente s'il s'agissait d'un mandataire. Ici il y a deux personnages : le mandant et le mandataire ; deux personnalités : si l'apporteur était capable de voter pour son propre compte, il devrait émettre deux

suffrages. Donc, son incapacité ne lui enlève pas le droit de voter pour un autre.

Il n'y a, du reste, aucun danger à redouter. La sécurité est assurée par la confiance que le mandant témoigne à l'apporteur. Si le mandat n'est pas désavoué, c'est la preuve que le vote a eu lieu comme le désirait l'actionnaire (1).

Cette opinion est contestable. Certains auteurs ne l'admettent pas (2). Houpin l'adopte mais à regret (3) : il trouve qu'une telle situation est bizarre. Disons qu'elle est surprenante et dangereuse et qu'elle doit être rejetée.

Le premier argument de ce système est exact ; il est vrai que la capacité du mandant est seule prise en considération. Mais, ce que la loi veut prévenir à tout prix, ce sont les fraudes. Or, permettre à l'actionnaire de se faire représenter par l'apporteur, c'est ouvrir la porte à toutes les duperies. Toute l'argumentation de M. Roussellier suppose que la fraude n'est à redouter que de la part de l'apporteur et dans ces conditions, elle paraît impossible :

1° Puisque l'apporteur doit rendre des comptes au mandant ;

2° Puisqu'il agit pour un autre et n'a pas à scinder sa personnalité ;

3° Puisque le mandant désavouera le vote du mandataire, si ce dernier ne remplit pas le mandat qui lui est confié.

Mais, ici, comme dans toutes les autres hypothèses,

(1) Dans le même sens, Lyon, 3 décembre 1895, *Journal des Soc.*, 1895, p. 253.

(2) BRAVARD.

(3) HOUPIN : *Traité des Sociétés*, I. p. 427.

c'est une collusion qu'il faut redouter, dans ce cas, collusion entre le mandant et le mandataire. Le mandant peut n'être qu'un actionnaire de très peu d'importance, un actionnaire de circonstance, un homme de paille de l'apporteur. Si l'on permet à l'apporteur de voter comme mandataire, les dispositions des articles 4 et 24 deviennent des armes inutiles. Les garanties de sécurité disparaissent.

Sera-t-on, du reste, toujours bien sûr de la sincérité de l'apporteur ? M. Roussellier croit qu'il exécutera toujours le mandat. Mais qui nous garantit qu'il l'exécutera sincèrement, surtout si le vote a lieu au scrutin secret ? Peu importe qu'il ait ou n'ait pas à scinder sa personnalité : il a intérêt à émettre un vote favorable, malgré le mandat qui lui est confié. Il est tout à la fois juge et partie. Mieux vaut donc, même dans cette hypothèse, lui refuser le droit de voter.

Cette opinion est soutenue par un grand nombre d'auteurs (1). Certains même (2), après avoir, dans les deux premières hypothèses, établi le principe de l'exclusion relative, l'abandonnent ici pour adopter celui de l'exclusion absolue.

Concluons donc que les articles 4 et 24 (loi de 1867) sont des dispositions absolues et que l'apporteur ne peut, en aucun cas, prendre part au vote sur l'approbation des apports.

Mais, à supposer que l'un des apporteurs ait voté dans l'assemblée constitutive, quelle sera l'influence de ce vote sur l'existence de la société ? Produira-t-il un

(1) BONFILS : *Revue crit.* 1893 p. 401 ; — DURANDY, p. 47.

(2) DALLOZ : *Suppl.* 7^e Société, n° 1304.

effet absolu. Le seul fait d'avoir voté entraînera-t-il la nullité? Ou, au contraire, la nullité ne sera-t-elle prononcée que dans certains cas? Si, déduction faite des voix des apporteurs, la majorité requise par la loi est atteinte, déclarera-t-on la délibération et, par conséquent, la société valable?

L'importance de la question est considérable. Si l'on adopte la première opinion, les demandeurs à la nullité n'auront à prouver que la participation de l'apporteur au vote: la nullité sera prononcée sans autre forme de procès. La conséquence de ce système, c'est la multiplication des nullités. C'est aussi l'éclosion d'une nouvelle forme de chantage le premier venu peut se procurer une action de la société, en examiner les statuts et, si les apporteurs ont voté, intenter une action en nullité. Cette action, aux termes de l'article 3 de la loi du 1^{er} août 1893, serait parfaitement recevable. Il va sans dire que le demandeur consentirait à ne pas engager l'instance ou à l'arrêter, dès que l'on donnerait de son silence un prix suffisant.

Si, au contraire, on adopte la deuxième opinion, les tribunaux doivent se demander si le vote de l'apporteur a pu entrer en ligne de compte dans l'approbation des apports. S'il a exercé une influence quelconque, la délibération doit être annulée; par contre, si en l'absence de tout apporteur l'approbation eût été donnée, il n'y aurait aucun motif de prononcer la nullité (1).

(1) Remarquons que si cette question est encore importante, elle présente un intérêt moins vif depuis que la loi du 1^{er} août 1893 a été promulguée: il résulte en effet de ce texte que le vice dont la constitution de la société est entachée disparaît si l'on accomplit plus

Les deux systèmes ont été défendus.

Les partisans de la première opinion invoquent pour la soutenir un argument tiré du rapprochement des articles 4, 7 et 41 de la loi de 1867. L'article 4 énonce les formalités de vérification. Les articles 7 et 41 déclarent nulles toutes sociétés en commandite par actions ou anonymes constituées contrairement aux prescriptions des articles 4 et 24. Les termes de la loi, dit-on, sont formels, il est inutile de rechercher si la majorité exigée par la loi est atteinte malgré la présence des apporteurs.

C'est l'argument dont s'est servie la Chambre des requêtes jusqu'en 1899. Jusqu'à cette date, en effet, cette Chambre a soutenu que la seule participation des apporteurs au vote entraînait, pour ainsi dire d'office, la nullité de la société.

C'est ce qu'elle a décidé le 22 février 1888, dans une espèce déjà analysée. La Chambre des Requêtes confirme un arrêt de la Cour d'Angers annulant une société constituée dans les conditions que nous examinons ; d'après la Cour de Cassation, « en déclarant nulle la société anonyme constituée en vertu de la délibération à laquelle les apporteurs ont concouru, ledit arrêt n'a fait qu'une juste application des articles 4, 41 et 24 de la loi de 1867 ».

La Chambre des Requêtes soutient encore le même

tard la formalité négligée à l'origine. Mais, aux termes de l'article 3 (loi de 1893) cette opération ne peut plus avoir lieu lorsqu'une instance est introduite. C'est pourquoi le chantage ne peut aujourd'hui s'opérer qu'au moyen d'une instance intentée. Sous l'empire de la loi de 1867 au contraire, il était impossible de couvrir la nullité ; une simple menace de demande en nullité suffisait pour effectuer ce chantage. Cette manœuvre pouvait donc être beaucoup plus fréquente.

système dans son arrêt du 17 décembre 1894 (1). Lors de la constitution d'une société anonyme, les apports avaient été approuvés par des souscripteurs apparents. Il avait été démontré qu'en réalité ces personnages étaient de véritables apporteurs. La Cour de Paris avait annulé cette société, invoquant :

1^o La participation des apporteurs au vote;

2^o Ce fait que les autres actionnaires ne représentaient pas la moitié du capital social en numéraire.

Le pourvoi soutenait que l'arrêt violait les articles 4, 24, 41 et 42 (loi de 1867). La Chambre des requêtes se borne à constater la participation de l'apporteur au vote. Elle déclare que la Cour de Paris n'a pas violé les articles visés par le pourvoi, sans indiquer qu'il y eût à se demander si, déduction faite des voix des apporteurs, la majorité eût été cependant atteinte.

Ce système n'a pas été généralement adopté. La doctrine estime qu'il entraîne des conséquences beaucoup trop rigoureuses, soit qu'il conduise trop souvent à la nullité et nuise ainsi au développement des sociétés, soit qu'il favorise les opérations malhonnêtes que nous avons signalées.

L'argument tiré des articles 4, 7, 24 et 41 n'a pas la portée que l'on veut bien lui attribuer. L'article 4 auquel se réfèrent les articles 7, 24 et 41 traite des questions de majorité dans les assemblées constitutives, aussi bien que des autres formalités. Ces différents textes n'indiquent pas d'une façon formelle que la seule participation des apporteurs au vote entraîne la nullité de la société.

(1) S. 95, I, 113. D. 95, I, 101.

L'article 4 dit que les apporteurs n'ont pas voix délibérative : cela signifie qu'il ne sera pas tenu compte de leur suffrage, mais cela ne veut pas dire que la société sera nulle toutes les fois qu'ils auront voté. Il suffit pour que la constitution soit valable que l'on n'ait pas à tenir compte des voix des apporteurs dans le calcul de la majorité. C'est ce que l'on peut induire des textes invoqués par le système précédent.

Il y a eu d'ailleurs sur cette question des jurisprudences diverses.

A la Cour de Cassation, la Chambre civile soutenait un système opposé à celui que défendait la Chambre des Requêtes. Il y avait ainsi, au sein de la même juridiction, deux jurisprudences parallèles et contraires. En 1894, dans l'espace de moins d'un mois, les deux systèmes furent appliqués. La Chambre des Requêtes soutint la première opinion dans un arrêt du 17 décembre 1894 précité.

La Chambre civile avait, le 6 novembre 1894, jugé d'une manière différente (1). Elle partait du principe que l'on ne peut tout à la fois être juge et partie. Il fallait, par conséquent, enlever la voix délibérative aux apporteurs en nature. Mais, leur participation au vote entraînait la nullité uniquement dans le cas « où il était constaté que le vote d'un ou de plusieurs apporteurs avait dû entrer en ligne de compte pour constituer la majorité exigée par la loi ». En l'espèce, déduction faite des suffrages inopérants, les apports avaient été vérifiés et approuvés par l'unanimité des associés souscripteurs

(1) S. 1895, I, 413.

en numéraire seuls admis à voter : ces actionnaires formaient en nombre et en numéraire la majorité requise.

Ce système est plus logique que le précédent. Il ne s'agit pas d'écarter l'apporteur des assemblées constitutives d'une manière aveugle et brutale. L'apporteur est dangereux à un double titre :

1° D'abord par l'influence qu'il peut exercer sur les souscripteurs, mais la loi ne semble pas voir là un danger puisqu'elle lui donne voix consultative : il peut défendre ses intérêts et faire par persuasion attribuer à ses apports une valeur plus ou moins grande. A la vérité, le rapport des commissaires est là pour obvier aux inconvénients de cette situation et contre-balancer les efforts de l'apporteur.

2° Ensuite, celui-ci peut agir par son propre vote. Mais, il s'agit ici d'une action isolée. Le vote de l'apporteur n'entraîne pas celui des souscripteurs puisqu'il a lieu au scrutin secret. Quand produira-t-il son effet ? Lorsque, sans lui, l'apport n'eût pas été approuvé : dans ce cas la délibération doit être nulle. Mais, si, abstraction faite de ce suffrage, l'apport a groupé un nombre suffisant de voix, l'influence de l'apporteur ne s'est point exercée. Son vote est comme s'il n'avait pas été émis. Dès lors, à quoi bon annuler une délibération qui présente aux intéressés toutes les conditions désirables de sécurité ? Comme le dit un arrêt de la Cour de Lyon (1), le devoir du juge est « non pas d'annuler le vote entier, mais simplement de retrancher celui de cet apporteur pour s'assurer si, après ce retranchement, l'objet du vote a réuni la majorité des votants ».

(1) Lyon, 3 décembre 1895, *Journ. des Soc.* 1896, p. 253.

Cette manière de voir doit l'emporter, car elle est bien dans les tendances actuelles : la nullité des sociétés n'apparaît pas aujourd'hui comme la sanction idéale ; il y a dans la législation moderne un mouvement très accentué vers la diminution des cas de nullité, mouvement qui s'est marqué par la loi du 1^{er} août 1893.

L'article 3 de cette loi permet dans certains cas d'effacer la nullité. L'opinion que nous adoptons conduit par sa souplesse à un résultat analogue : elle correspond aux nécessités pratiques tout en respectant la loi.

La Chambre des Requêtes, d'ailleurs, a fini par se rendre à ces raisons. Elle est, dans un arrêt du 18 octobre 1899 (1), revenue sur sa jurisprudence antérieure. Elle a reconnu que la seule participation des apporteurs au vote n'entraînait pas de plein droit la nullité. Il y a tout lieu de croire que sur ce point la jurisprudence est définitivement fixée.

C'est aussi l'opinion généralement admise par la doctrine (2).

En résumé, il faut décider que l'apporteur en nature ne doit dans aucun cas prendre part au vote. Toutefois, la sanction de cette interdiction n'est pas aussi absolue que l'interdiction elle-même.

Au cas où l'apporteur aurait voté, la nullité de la société n'est encourue que si son vote a exercé une influence sur la décision prise par l'assemblée constitutive.

(1) D. 1899, I, 567.

(2) HUPIN : I, 427. — DURANDY : p. 46. — GIRAUD : *Annales de droit commercial*, 1895, II, 253.

SECTION II

DROIT A UNE CONTRE-VALEUR

Dès que les apports sont approuvés par l'assemblée générale, la société se trouve définitivement constituée. Elle peut fonctionner et produire tous ses effets.

L'apporteur, dès lors, fait partie de la société : il n'a ni donné, ni vendu, ni prêté les biens qu'il apportait, il a effectué une mise sociale : il est un associé, soumis comme tel aux obligations qu'implique ce titre, jouissant par contre de tous les droits qu'il comporte. Il est donc nécessaire qu'il puisse fournir la preuve de son apport et de sa qualité : il doit recevoir un titre qui en sera la constatation officielle et qui constituera la contre-valeur de ses biens. Et, en effet, la société lui remet en échange des actions représentatives de l'apport, qui reçoivent le nom d'*actions d'apport*.

Ces actions peuvent-elles être assimilées aux actions de numéraire ? Peuvent-elles être confondues avec les actions industrielles ? Constituent-elles les seuls moyens de rémunérer l'apporteur ? Telles sont les questions qu'il est nécessaire d'examiner maintenant.

§ I. — *Des actions d'apports.*

A. — Distinction de l'action d'apport et de l'action en numéraire.

L'apporteur en nature, avons-nous dit, possède en principe les mêmes droits qu'un associé ordinaire : les exceptions à cette proposition générale tiennent à certaines

mesures de sécurité qu'il faut prendre à l'égard du public (tiers et souscripteurs). Cette idée trouve-t-elle son application en matière d'actions d'apport ? Doit-on dire que l'action d'apport ne diffère point de l'action ? Existe-t-il au contraire entre elles des différences essentielles ?

Qu'est-ce donc que l'action ? Une part du fonds social et, comme le dit M. Thaller (1), un titre d'associé. Elle présente, si l'on considère les articles 34 à 36 du Code de commerce, trois caractères :

1° *L'égalité de valeur* ou de coupure (art. 34), les actionnaires devront en principe et à moins de combinaisons spéciales prévues par les statuts, se partager également les bénéfices ou le fonds social.

2° Les actions sont représentées par des *certificats*.

3° Enfin elles sont *négociables*.

Leur propriétaire peut exercer tous les droits que comporte le titre d'associé :

1° Il a droit à une part dans les bénéfices, c'est le dividende ;

2° Il a droit à une part éventuelle du fonds social à la dissolution de la société ;

3° Il peut enfin prendre part aux assemblées générales.

L'action d'apport ne diffère en principe de l'action ni par son essence, ni par ses caractères, ni par les droits qu'elle confère. Comme l'action en numéraire, elle constate officiellement la participation de l'apporteur à la société, elle est aussi un titre d'associé : là aussi les coupures sont égales, l'action est représentée par un certificat, elle est négociable.

(1) THALLER : *Traité élém. de droit comm.*, p. 286, n° 463.

Les droits conférés sont les mêmes : droit à un dividende, à une part éventuelle du fonds social, droit d'assister aux assemblées générales sauf les restrictions étudiées plus haut. Ces deux titres ne peuvent cependant pas être confondus.

1° Au moment de la constitution de la société, les actions en numéraire peuvent être libérées pour partie seulement. Les actions d'apport au contraire doivent être entièrement libérées.

2° Les actions en numéraire sont immédiatement négociables : les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la société.

Il est pourtant impossible de trouver dans ces faits l'indice de différences essentielles entre les deux titres. Les souscripteurs en numéraire peuvent verser une partie seulement du capital social par eux souscrit. C'est une mesure de bienveillance prise par le législateur à l'égard des sociétés pour en favoriser le développement. Mais il n'y a rien là qui touche au caractère fondamental de l'action.

La négociabilité est en principe la même pour l'action que pour le titre représentatif de l'apport : le jour seul de la négociation diffère.

Ces différences ne tiennent donc pas à la nature des titres qui est la même. Elles n'existaient pas sous l'empire de la loi de 1867 ; c'est un texte récent, la loi du 1^{er} août 1893 qui les a édictées ; cela seul semble indiquer qu'elles résultent de nécessités pratiques, apparues depuis 1867. A quelle idée faut-il en fin de compte les rattacher ? La question doit être examinée à propos de chacune d'elles.

I. — Libération intégrale des actions d'apport.

L'article 2, loi du 1^{er} août 1893, modifie l'article 3 de la loi du 1867 et décide que « les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société ».

A l'occasion de ce texte, deux questions doivent être examinées :

1^o Pourquoi le législateur de 1893 a-t-il édicté en cette matière une disposition nouvelle ?

2^o De quelle idée découle la solution donnée par la loi ?

Première question. — Pourquoi le législateur de 1893 a-t-il édicté une disposition nouvelle ?

Par l'article 2, loi 1893, on a voulu trancher les difficultés auxquelles donnaient lieu des actions d'une forme particulière, nommées les actions *mixtes*.

Nous connaissons déjà les actions souscrites en numéraire : il suffit qu'elles soient libérées d'un quart pour que la société puisse être constituée ; à ce point de vue aucune question délicate ne peut être soulevée.

Il existe, avons-nous dit, des actions d'apport : quand elles représentent une valeur égale à celle du bien apporté, la situation est encore très nette : car ce sont des actions totalement libérées. Mais, il était possible, avant 1893, que l'apporteur se fasse attribuer un nombre d'actions d'une valeur bien supérieure à celle de l'apport. Par exemple, la société recevait un bien d'une valeur de 100.000 francs ; elle remettait en échange à l'auteur de l'apport un certain nombre d'actions valant ensemble

400.000 francs et libérées d'un quart; on voit que pour une part (100.000 francs) ces actions représentaient l'apport, mais que pour l'autre (300.000 francs) il y avait, ou l'on pouvait soutenir qu'il y avait souscription en numéraire. Ce sont les titres issus de cette combinaison, qui à raison de leur caractère avaient reçu le nom d'actions mixtes.

On se demandait :

1^o Si elles étaient licites ;

2^o S'il suffisait qu'elles fussent libérées d'un quart par l'apport en nature pour que la société pût être constituée. Fallait-il au contraire considérer séparément d'une part, le capital en nature, d'autre part le capital en numéraire et exiger sur ce dernier le versement d'un quart ? Ces questions étaient vigoureusement débattues sous l'empire de la loi de 1867 et c'est pour y mettre fin que la loi de 1893 est intervenue. Mais ce texte dispose pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif; les mêmes difficultés peuvent donc surgir pour des sociétés constituées avant le 1^{er} août 1893. Il est donc utile d'examiner la controverse.

a). — La création des actions mixtes était-elle licite ? Certains arrêts ont répondu négativement (1).

1^o Ils justifient leur opinion par la combinaison des articles 1, 4 et 25, loi juillet 1867 : l'article 1 permet à chaque actionnaire de verser le quart du montant des actions par lui souscrites, lors de la constitution de la société. L'article 4 exige la vérification de la valeur donnée aux apports en nature par une assemblée géné-

(1) Paris, 18 février 1881, D. 84, II, 1. — S. 81, II, 99, note Lyon-Caen. — Paris, 10 mai 1883, D. 84, II, 6.

rale où les apporteurs n'ont pas voix délibérative ; l'article 25 prescrit la convocation d'une assemblée générale postérieure à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital social qui consiste en numéraire.

La loi de 1867 semble avoir prévu seulement le cas où les actions ne correspondent qu'à des apports en argent ou qu'à des apports en nature. La Cour de Paris en concluait que cette loi établissait une distinction fondamentale entre les apports en nature, qui n'étant pris que pour leur valeur réelle, vérifiée et approuvée, représentent toujours et nécessairement un nombre correspondant d'actions entièrement libérées et les actions en numéraire dont le quart au moins doit être versé préalablement à la constitution définitive de la société.

Un arrêt de la Cour d'Amiens du 8 juin 1882 (1) expose le même argument.

2^e Cette opinion s'appuie sur un motif rationnel ; la création d'actions mixtes restreint l'appel à la souscription publique. Supposons, en effet, une société dont le capital social est divisé en 20.000 actions de 500 francs chacune. Elle reçoit un apport valant 2.000.000, l'apporteur recevra en principe 4.000 actions totalement libérées ; on aperçoit facilement que si on lui attribue 8.000 actions libérées de moitié seulement, ou 16.000 libérées du quart, il ne restera suivant les cas que 12.000 ou 4.000 actions offertes au public : cette manière d'agir peut donner lieu à des fraudes ; mieux vaut donc déclarer que l'action mixte est illicite.

(1) S. 83, II, 434 — S. 84, I, 499. Note Labbé. Rap. Larouverade.

Ce système a été rejeté le 15 février 1884 par un arrêt de la Cour de Cassation. Cet arrêt nettement motivé réfute les arguments de texte invoqués par la Cour de Paris. Il part de ce principe que *tout ce qui n'est pas défendu est permis* : il ne faut rien ajouter à une loi, or, c'est ajouter à la loi de 1867 que de prohiber les actions mixtes : cette prohibition n'existe nulle part dans les textes. Rien ne vient donc, ici, déroger au principe de la liberté des conventions.

L'argument fondé sur un motif rationnel ne saurait non plus être admis. Il est indéniable que l'appel à la souscription publique est restreint. Mais il n'y a rien là qui permette de faire déclarer illicite l'action mixte : cette combinaison restreint le nombre d'actions offertes au public ; mais elle ne l'anéantit pas complètement.

Or, est-il illicite d'écarter la souscription publique ? Non, car nous verrons qu'il y a des cas où le capital social ne comprend que des apports en nature, et dans lesquels les actions sont toutes attribuées aux fondateurs. Cela résulte de la disposition finale de l'article 4 (loi de 1867) ; les fraudes sont pourtant à redouter ici, aussi bien que dans l'hypothèse d'action mixte.

Et cependant, dans cette hypothèse, rien n'est illicite, ni la forme de la société, ni les actions qui représentent le capital.

On objecte que ce procédé assure aux apporteurs une prépondérance dans les assemblées générales, il y aurait là une injustice ; car l'apporteur serait, pour ainsi dire, le maître des votes. Mais cette inégalité tient aux différences de fortune : elle se rencontrerait même dans une société dont le capital ne contiendrait pas d'apports en

nature; le premier venu peut, s'il en a les moyens, souscrire un grand nombre d'actions et se rendre maître de la délibération dans l'assemblée générale. Il n'y a là rien de particulier aux actions mixtes.

Le premier système présenté doit donc être repoussé.

Il a d'ailleurs été rejeté par l'arrêt de cassation du 15 février 1884.

b) Une deuxième question, subsidiaire celle-ci, se posait alors : quand les actions n'étaient que partiellement libérées par l'apport en nature, la constitution de la société était-elle subordonnée au versement du quart en argent à faire sur ces actions ? En d'autres termes, l'apporteur était-il obligé de verser un autre quart sur la portion numéraire de l'action ?

Certains arrêts l'ont ainsi décidé (1). Ils partent du principe suivant : une société par actions ne peut être constituée qu'après le versement du quart du montant des actions souscrites. Or, dans le capital social, il faut distinguer :

1° L'apport, dont la valeur réelle appréciée est représentée par des actions ;

2° Le numéraire nécessaire au fonctionnement de la société.

Si la loi exige le versement d'un quart, c'est qu'elle veut que chaque société ait un fonds de roulement. Il ne peut être question que d'un versement en numéraire ou tout au moins en valeurs d'une réalisation immédiate. Si donc, l'apporteur reçoit des actions mixtes, ces titres ne

(1) Paris, Ch. cor., 18 février 1884, D. 84, II, 4. — Paris, Ch. cor., 10 mai 1883, D. 84, II, 6.

sont pas libérés pour partie par l'apport, ils représentent à la fois le capital-apport et le capital-numéraire; l'auteur de l'apport est considéré comme apporteur et en même temps comme souscripteur en numéraire. En tant qu'apporteur, il doit recevoir des actions totalement libérées; en tant que souscripteur, il doit verser le quart du montant total de ses actions. Par exemple, l'apporteur d'un bien valant 2 millions, qui reçoit en échange 16.000 actions de 500 francs libérées du quart, sera traité comme s'il avait reçu 4.000 actions entièrement libérées en représentation de son apport et qu'il eût souscrit 12.000 actions en numéraire.

Différents arguments sont présentés par ce système.

Tout d'abord un argument historique : la loi de 1867 a son origine dans la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions. Cette loi exigeait le versement du quart en numéraire par chaque actionnaire; d'après le projet de loi, ce versement est indispensable pour que l'on puisse commencer des opérations sérieuses. La même idée explique les dispositions du 22 mai 1863. La loi de 1867 n'a pas entendu déroger à ces traditions : les articles 17, 18, 19 du premier projet reproduisaient textuellement les articles 4, 5 et 6 de la loi de 1863. L'article 25 (loi de 1867), provient aussi de la loi de 1863; l'intention du législateur n'a pas varié; il y a donc lieu de verser un quart sur tout le numéraire, qu'il s'agisse d'actions souscrites ou d'actions mixtes.

Du reste, les termes de la loi ne peuvent laisser aucun doute; l'article 1 parle du versement du quart du montant des actions souscrites; l'article 25 parle du versement du quart, ce terme de *versement* éveille l'idée de

remise de numéraire ; on verse une somme, on ne verse pas un immeuble. Quand l'apport ne libérera l'action que du quart, il ne sera pas possible d'assimiler cette libération à un versement en numéraire. Force sera donc d'opérer une distinction entre le capital-apport représenté par des actions qu'il faudra fictivement considérer comme libérées et le capital-numéraire sur lequel il faudra payer un quart. C'est la distinction signalée plus haut. L'argument tiré de l'article 1 se fortifie par l'examen des articles 4 et 25 de la même loi.

Historiquement, il vient d'être démontré que l'intention du législateur n'a pas varié. Quand nos textes parlent du versement du quart, il s'agit du quart du capital numéraire tout entier. On pourrait objecter que la loi n'exige pas toujours ce fonds de roulement ; par exemple, dans le cas de l'article 4 *in fine* : quand une société est formée entre ceux qui étaient propriétaires de l'apport par indivis, chacun d'eux reçoit des actions d'apport. Il n'y a pas de numéraire, la société est cependant régulièrement constituée. Mais c'est une exception qui ne peut être généralisée, il ne faudrait point étendre ce texte à d'autres hypothèses.

Il faudrait donc conclure qu'il est nécessaire de verser un quart en argent sur la partie de l'action qui n'est pas libérée par l'apport.

Ce système a été repoussé par la Cour de Cassation le 15 février 1884 (1). Cette décision répond à un pourvoi qui s'appuyait seulement sur les articles 1, 2, 4 et 25. Elle établit :

1° Que l'article 1 n'a pas entendu parler d'un verse-

(1) Précité.

ment en numéraire à l'exclusion de tout autre. En effet, le mot versement est pris ici dans le sens de *paiement*, ou si l'on préfère de *réalisation*. C'est du reste le terme qu'employait le projet de la loi du 17 juillet 1856. L'expression de versement a donc ici un sens aussi large que celle de paiement; il ne peut donc être question de versement matériel du quart pour les apports en nature : car il suffit que ces apports soient promis et évalués pour qu'ils soient réalisés ou versés. Ils sont devenus en effet la propriété de la société. S'ils sont représentés par des actions d'une valeur égale à celle qu'ils ont eux-mêmes, à leur égard, il y a de plein droit versement intégral. Mais, si cette réalisation est valable, quand elle a lieu dans ces conditions, pourquoi dire que le quart n'a pas été versé sur des actions, lorsque la valeur de l'apport correspond au moins au quart de la valeur de ces titres ?

La loi n'entend donc prescrire que la réalisation effective du quart de la valeur de chaque action; l'apport vérifié équivalant à un versement en espèces et doit servir à la libération du quart.

2^o L'article 4 en exigeant que la majorité représente le quart du capital social en numéraire ne décide pas que tout le capital en espèces devra être représenté. Il s'agit de délibérer sur les apports : les actions souscrites en numéraire pourront seules, jusqu'à concurrence du quart, être l'objet d'une représentation ; c'est là tout ce que ce texte signifie.

3^o Enfin l'article 25 a pour objet exclusif la représentation à la première assemblée des actions souscrites en espèces ; c'est la seule partie du capital social qui puisse être réalisée à ce moment ; car, on ignore encore :

- a) Si les apports en nature seront approuvés;
- b) Dans quelle proportion seront libérées les actions données en échange.

On pourrait ajouter à ces arguments plusieurs autres considérations.

La loi n'exige nulle part la formation d'un fonds de roulement. Elle eût pris des mesures plus efficaces, si elle s'était préoccupée de l'encaisse en argent des sociétés naissantes. Elle eût prescrit un minimum d'apport en numéraire. Elle aurait pu, par exemple, exiger le versement du quart du capital social.

C'était l'idée émise dans le projet de la loi du 17 juillet 1856; mais le projet fut modifié. La loi exigea le versement du quart sur chaque action, et c'est ce que prescrivait aussi la loi de 1867. Peu importait sous l'empire de cette loi le versement du quart du capital social; la société ne pouvait fonctionner si tous les actionnaires n'avaient versé le quart de la valeur de leurs actions. Il ne s'agissait donc pas ici d'assurer un fonds de roulement à la société : il fallait que les actionnaires fussent des hommes sérieux et non des spéculateurs sans scrupules. C'est là le motif qui explique l'article 1^{er} de la loi de 1867.

Le but de la loi est, du reste, atteint par la libération des actions pour un quart par un apport en nature : l'apporteur est lié à la société mieux que par une simple promesse. L'apport en nature constitue un lien aussi solide qu'un versement en numéraire, pourvu, bien entendu, que l'apport ait été évalué à sa juste valeur.

D'ailleurs, avec le système opposé, on aboutit à des bizarreries et on tombe dans l'arbitraire. Si, dans notre exemple, l'action de 500 francs est libérée du quart, il

faudra verser en argent le quart des trois quarts, c'est-à-dire 93 fr. 50. Si elle est libérée de la moitié, il faudra verser le quart de la moitié c'est-à-dire le huitième, c'est-à-dire 62 fr. 50 ; si elle est libérée des trois quarts, le quart du quart ou le seizième, c'est-à-dire 31 fr. 25, on arrive à méconnaître ainsi complètement les dispositions de la loi ; on ajoute au texte et cela seul suffirait à faire écarter ce système.

Donc si sur ces questions des procès naissent à propos de sociétés constituées avant la loi de 1893, cette jurisprudence prévaudra :

1^o Les actions mixtes seront déclarées licites.

2^o Si l'action est libérée du quart par l'apport en nature, l'apporteur ne sera pas tenu de verser une certaine quotité de numéraire.

Deuxième question. — De quelle idée découle la solution donnée par la loi ?

Aucun doute n'est aujourd'hui permis sur le caractère des actions mixtes : ces titres sont parfaitement licites puisque la loi du 1^{er} août 1893 déclare que « les actions représentant des apports devront toujours être intégralement libérées au moment de la constitution de la société ». Ce texte ne prescrit pas la libération intégrale au moyen de l'apport ; il reconnaît donc implicitement le caractère licite de l'action mixte. Cette solution n'a rien qui doive surprendre étant données les tendances de la jurisprudence antérieurement à 1893.

Mais il est plus étonnant que la loi nouvelle ait exigé la libération intégrale de ce titre, alors que la jurisprudence avait tranché la question dans un sens opposé. La

ment libérées, on remet à l'apporteur quarante actions loi de 1893 a sa raison d'être en elle-même : en présence de difficultés sans cesse renouvelées, il fallait un texte. Mais on eût été en droit d'espérer que le législateur aurait donné la même solution que la Cour de Cassation. Il n'en a rien été. Pourquoi ? Nous trouvons les motifs de cette décision dans les projets et rapports sur les sociétés qui se sont succédé de 1867 à 1893. Un projet de loi présenté au Sénat le 6 décembre 1883 résolvait la question comme la Cour de Cassation :

1^o Les apports en nature pouvaient être représentés, par des actions libérées soit en totalité, soit en partie.

2^o Les apports pouvaient en vertu des statuts servir à la libération partielle des actions : on pouvait les imputer soit sur le versement du premier quart, soit sur les versements ultérieurs (1). Ces actions restaient en outre nominatives jusqu'à leur entière libération : les souscripteurs n'étaient dégagés de la responsabilité du versement que deux ans après la cession de leurs actions.

Ces deux dernières mesures étaient destinées à assurer la loyauté de la constitution de la société : elles indiquent de quelle idée partait le projet ; il était dominé, comme tout ce qui concerne la matière de l'apport, par l'idée et le besoin de sécurité.

La Commission à laquelle était soumis ce projet partit de la même idée. Mais elle en tira des conséquences beaucoup plus rigoureuses. Elle pensa que les mesures indiquées par le projet n'empêchaient point la spéculation de se produire : si au lieu de vingt actions entièrement

(1) Rapport de M. Bozérian : *Journ. des Soc.* 1884-1885, p. 294.

libérées de moitié ou quatre-vingts libérées du quart, on multiplie par deux ou par quatre les chances de spéculation. Elle décida donc que les apports seraient représentés par des actions entièrement libérées.

Ces dispositions furent adoptées. Ce projet d'une réforme générale aboutit après de longues années à la loi du 1^{er} août 1893. Nous retrouvons dans l'article 3 toutes les mesures adoptées en 1883 par la Commission. Le même esprit domine donc la loi nouvelle. Ici encore c'est le besoin de sécurité qui a provoqué la disposition que nous étudions. Mais était-il nécessaire d'aller aussi loin qu'elle le fait et d'exiger une libération intégrale immédiate des actions d'apport ?

Deux solutions s'offraient au législateur ; nous les avons signalées ; la plus rigoureuse a prévalu ; ce n'est pourtant pas la plus juste. L'apporteur en nature est obligé de faire un versement immédiat beaucoup plus considérable que le souscripteur en numéraire. En effet, pour un apport de 100.000 francs, l'apporteur ne recevra que 200 actions entièrement libérées. S'il eût pu disposer en argent de la même somme, il aurait reçu 800 actions libérées du quart : dans le premier cas il ne touchera un dividende que sur 200 actions, dans le second il eût reçu un dividende sur 800 titres. Il y a là une inégalité frappante.

Le système de la libération partielle eût évité cette injustice et n'eût pas favorisé la spéculation. Une seule considération paraît décisive en faveur de la loi : c'est que la libération partielle par l'apport restreignait le nombre des souscripteurs en numéraire. La société, pour trouver un capital d'exploitation suffisant eût été obligée d'avoir

recours à l'emprunt, de créer des obligations : or, à l'égard des obligataires, elle contractait des engagements fermes quel que fût le sort des opérations sociales. Il était plus avantageux pour elle de trouver à son début un capital numéraire versé par des associés ; ceux-ci ne reçoivent qu'une part des bénéfices sociaux et n'ont rien à réclamer si la société ne peut leur payer un dividende.

Le résultat de la loi de 1893 sur ce point est donc :

1^o De donner aux actions mixtes un caractère licite :

2^o D'en restreindre le nombre en exigeant la libération intégrale, car si elles ne sont libérées que d'un quart par l'apport, l'apporteur doit immédiatement verser trois quarts en numéraire : c'est une avance de fonds très considérable.

Toutes les fois que cette règle ne sera pas observée, la nullité de la société pourra être réclamée ; dans ce cas, la société n'est pas en effet constituée régulièrement.

II. — Non-négociabilité des actions d'apport pendant deux ans.

La disposition que nous venons d'étudier n'eût pas été complète, n'eût pas donné pleine et entière sécurité, si elle avait été isolée. Le but de la loi était, nous l'avons vu, d'écarter les spéculateurs et de grouper autour de la société naissante des apporteurs et des actionnaires sérieux. Que se serait-il passé si la loi, exception faite pour la libération intégrale, eût appliqué aux actions d'apport le droit commun des actions en numéraire ?

L'article 2, loi de 1893, déclare que les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération. Les actions

d'apport, libérées dès l'origine, eussent donc été immédiatement au porteur. Il est facile de comprendre que ces titres auraient fait prime sur tous les autres de la même société : ils auraient donné lieu à une forte spéculation :

1° Les apporteurs se seraient hâtés de provoquer en bourse une hausse des cours, afin de vendre leurs titres aux meilleures conditions possibles et de ne pas courir les risques de l'entreprise par eux créée.

2° Ces actions auraient facilement trouvé preneur, à raison de leur libération intégrale. Il se serait produit sur ces titres un mouvement de hausse suivi d'une baisse et l'on aurait eu à craindre de véritables catastrophes financières.

3° Et d'autre part, la loi a pris les précautions qu'elle a jugées nécessaires contre l'exagération des apports. Mais ces précautions peuvent être vaines : si la majoration se produit, la société, pourvue en apparence d'un capital qui n'existera pas en réalité, fonctionnera mal et fera de mauvaises affaires : si l'on permet aux apporteurs de négocier immédiatement leurs titres, ils disparaîtront, se désintéresseront de la société après s'être fait attribuer le plus grand nombre d'actions possible.

La négociation immédiate peut donc donner lieu à des craintes d'ailleurs justifiées.

Le législateur de 1893 a cherché un remède à ces maux :

1° Les actions représentant des apports ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution de la société. Désormais plus d'agiotage possible sur ces titres. L'apporteur n'a plus un intérêt aussi grand à la majoration de ses apports :

il reste pendant deux ans lié à la société : il est, pour ainsi dire, poussé à ne pas l'abandonner à son sort. Ce laps de deux ans est une sorte de délai d'épreuve. On voit fonctionner la société. Si elle vit sans peine pendant cette période, il est probable que le capital-apport a bien en réalité la valeur qui lui a été attribuée lors de la constitution.

2° Pour assurer l'exécution de cette règle, le législateur en édicte une deuxième. Ces actions d'apport seront pendant deux ans frappées d'un timbre spécial indiquant leur nature et la date de la constitution de la société.

Il faut se demander :

1° Quelle est l'étendue de la règle posée par la loi ?

2° Dans quels cas et à quels titres elle doit être appliquée ?

3° Quelle en est la sanction ?

1° Quelle est l'étendue de la règle posée par la loi ?

La loi de 1893 n'a pas entendu frapper l'action d'apport d'inaliénabilité : la portée de cette règle est déterminée par l'esprit de la loi et par les travaux préparatoires :

L'esprit de la loi ? Il était nécessaire avant tout d'empêcher l'agiotage ; or l'agiotage se produit par la négociation : la négociation, c'est la transmission par la voie commerciale ; elle a lieu par voie de transfert, de tradition ou d'endossement ; elle a lieu en bourse au moyen d'agents de change : c'est donc elle et elle seule qu'il faut interdire.

Les travaux préparatoires ? Les § 2, 3 et 5, article 2, loi de 1893, ont été introduits dans la loi sur la proposition de M. Poirier. Le rapporteur, M. Thévenet, soutenait qu'une telle disposition nuirait au principe de la libre circulation des biens. M. Poirier défendait son amendement devant le Sénat (1) : il déclara que l'on ne créait pas une inaliénabilité, on rendait simplement les actions non négociables pendant deux ans.

La négociation de ces titres ne pourra se produire, mais la cession par les voies civiles sera toujours possible.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (2). Toutes les décisions (arrêts ou jugements) distinguent nettement entre la négociation et la cession civile d'actions. La cession est possible, elle ne se prête pas à l'agiotage. Elle entraîne des formalités (art. 1690 C. c.) incompatibles avec la rapidité nécessaire à la spéculation et aux coups de bourse. Quels seront les effets de cette cession ? Le cédant (c'est-à-dire l'apporteur) ne pourra transférer au cessionnaire plus de droits qu'il n'en a : après l'opération, pendant deux ans, les actions ne seront pas négociables et resteront à la souche. Passé ce délai, le cessionnaire se fera remettre les titres d'actions. S'ils sont nominatifs, le transfert ne pourra s'opérer à l'égard de la société et des tiers que dans les formes prescrites par l'article 36 du Code de commerce : il faudra constater le transfert sur le registre de la société. S'il s'agit d'actions

(1) D. *Suppl.* Société, n° 1012.

(2) V. LYON-CAEN et RENAULT. App. n° 21 bis, BOUVIER-BANGILLON : p. 140, GENEVOIS : p. 78. — D. *Suppl.* Soc. 1014. — Tribunal Seine, 5 novembre, 1894. — S. 95, II, 85. — D. 95, II, 297 et note Valéry. — Tr. com., 10 juin 1897. *Monit. jud.*, 28 juin 1897.

au porteur le transfert aura lieu par simple tradition. En revanche, une fois toutes les formalités remplies, ou la remise des titres au porteur opérée, le cessionnaire aura tous les droits du cédant : propriété des actions transmises à l'égard du cédant et de ses ayants cause, si la cession a été régulièrement signifiée ; droit de toucher les dividendes, car il est propriétaire des titres ; droit d'assister aux assemblées.

Est-il possible de constituer ces actions en gage pendant le laps de deux ans ? Des auteurs (1) ont soutenu que la constitution du gage était impossible : il est en effet impossible d'opérer la remise matérielle des titres, car ils doivent rester à la souche. Cette objection doit être repoussée. Le gage des actions d'apport est toujours possible conformément à l'article 2075 (Code civil). Il est vrai que la remise matérielle des titres ne peut avoir lieu, mais on peut constituer un objet en nantissement entre les mains d'un tiers dépositaire ; rien n'empêche la société d'être considérée comme tel. Il suffit de signifier la constitution à la société (2).

La loi de 1893 n'ayant pas établi une inaliénabilité, les actions d'apport peuvent donc être saisies-arrêtées à la requête des créanciers de l'actionnaire et vendues : cette vente ne pourra pas avoir lieu en bourse, car ce serait une négociation, mais elle sera possible si elle est faite dans les formes civiles.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, App. II, n° 22.

(2) V. HOUPIŒ, I, n° 332. — GENEVOIS, n° 48. — PERRIN, commentaire de la loi de 1893, p. 40. — FAURE, 64. — BOUVIER-BANGILLON, p. 441 et s. — Nantes, 23 avril 1898, p. 99, II, 204, 1^{re} espèce.

2° *Dans quels cas et à quels titres doit être appliquée cette règle ?*

Il convient d'appliquer cette règle à toutes les constitutions de sociétés par actions.

Doit-on l'étendre aux augmentations de capital ? Oui, car il y a les mêmes raisons de décider. Comme l'ancien capital, le capital nouveau est le gage des tiers : les mêmes dangers sont à redouter ; les mêmes garanties sont donc nécessaires (1)

C'est encore pour des raisons d'analogie que la loi de 1893 s'appliquera, non seulement aux actions d'apport proprement dites, mais aussi aux actions mixtes : on pourrait en effet avoir les mêmes craintes de majorations frauduleuses ou d'agiotage. Si d'ailleurs ces actions n'étaient pas soumises à la loi de 1893, il serait facile d'éluder les précautions législatives ; il suffirait d'un très léger versement en numéraire (2) pour enlever à l'action d'apport son véritable caractère et pour la transformer en action mixte.

3° *Quelle est la sanction de cette règle ?*

Il ne saurait être ici question de sanction pénale. Aucune disposition législative n'en établit. L'article 14. loi de 1867 ne pourrait être invoqué ; il s'occupe de la négociation d'actions ou de coupons d'actions, dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des articles 1.

(1) V. Civ. Seine, 9 nov. 1895 *J. de Jurispr.* 1896, II, 44.

(2) LYON-CAEN, II, App. n° 19.

2, 3 de la dite loi. Il s'agit là de négociations antérieures à la constitution de la société.

La loi de 1893 n'ajoute rien à l'article 14; or, les pénalités sont de droit étroit : ce texte ne peut donc pas être étendu à la négociation d'actions d'apport avant l'expiration du délai de deux ans.

Y a-t-il une sanction civile? Oui. Mais il convient de remarquer d'abord que la négociation de ces actions ne peut jamais, sauf dans un cas, entraîner la nullité de la société : cette exception unique se produit quand l'infraction est autorisée par les statuts sociaux.

La négociation elle-même ne sera pas toujours nulle.

Il n'y aura pas de nullité si les actions n'ont pas été frappées du timbre indiquant leur nature et la date de constitution de la société. Les tiers, dans ce cas, n'ont pas été prévenus ; ils ne doivent pas supporter les conséquences de cette infraction. Au contraire, la négociation sera nulle si les actions portaient le timbre dont parle l'article 2 (loi de 1893).

MM. Lyon-Caen et Renault dans leur traité (1) repoussent cette solution ; la nullité, disent-ils, n'est pas exprimée dans la loi. La jurisprudence n'a pas encore eu à trancher la question. Il semble cependant que la nullité doive être admise : MM. Lyon-Caen et Renault semblent oublier ici les principes généraux qu'ils posaient en matière de société à propos d'une autre question (celle des actions mixtes) : tout ce qui n'est pas défendu, disaient-ils dans une note sous un arrêt de Cassation du 15 février 1884 (2),

(1) Traité II, App. 26.

(2) Précitée.

est permis. Or ici, nous sommes en présence d'une disposition formelle de la loi : l'article 3 modifié interdit la négociation des actions d'apport dans un délai de deux ans : le législateur n'a point indiqué la sanction d'une manière expresse, mais à quoi servirait le texte de 1893 s'il n'était pas sanctionné ?

B. — Distinction de l'action d'apport et de l'action industrielle.

Si l'action d'apport ne doit pas être confondue avec l'action souscrite en numéraire, il convient encore de la distinguer de l'action industrielle. On nomme ainsi des actions attribuées non pas à celui qui apporte à la société une valeur mobilière ou immobilière susceptible d'évaluation pécuniaire immédiate, mais à celui qui met au service de la société son génie particulier, son industrie personnelle, sa compétence spéciale ou son crédit. Ces deux titres présentent donc une certaine analogie, puisque tous deux sont donnés en échange d'un apport. Mais il existe entre la nature respective de ces apports, comme nous l'avons vu précédemment, une différence fondamentale et primordiale :

L'action d'apport représente la plupart du temps un objet matériel, en tous cas, un objet immédiatement appréciable en argent.

L'action industrielle est toujours la représentation d'un apport immatériel. Dans le premier cas l'apporteur contribue à la formation du capital statutaire. Dans le deuxième, il n'y prend part en aucune façon. Toutes les

différences entre ces deux titres procèdent de cette différenciation originelle :

1° Le porteur d'une action d'apport aura d'emblée le droit de participer au partage du capital social : le porteur d'une action industrielle ne le pourra sans une clause formelle des statuts.

2° Les actions d'apport correspondant à une partie du capital social ne sont négociables qu'après un délai de deux ans. Les actions industrielles ne donnent droit qu'au dividende : elles sont immédiatement négociables. Il n'y a pas à craindre de majoration frauduleuse de l'apport ; les tiers ne peuvent, par ces actions, être induits en erreur sur le chiffre du numéraire reçu par la société (1). Si la société redoute un agiotage sur ces valeurs, les statuts pourront en interdire la négociation, en vertu du principe de la liberté des conventions.

3° L'apporteur en nature a le droit de participer à la plupart des assemblées générales ; le porteur d'actions industrielles n'aura pas l'accès de ces assemblées ; il n'a pas aidé à la formation du capital social ; son titre n'en représente aucune partie ; il ne saurait donc être compté pour le calcul de la majorité tel que le prescrivent les articles 4 et 30. loi de 1867.

§ III. — Autre moyen de rémunérer l'apport.

L'apporteur ne devrait recevoir normalement que des actions d'apport. Il se fait souvent remettre en outre des valeurs portant le nom de *parts de fondateur*.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, 21 bis. — GENEVOIS : *Com. loi de 1893*, page 71. — DELOISON : I, 264. D. *Suppl. Sôc.* nos 860, 861, 862.

Il importe de savoir si ces deux titres sont de même nature : la part de fondateur est-elle une action ? Est-elle seulement une créance ?

L'intérêt de ces questions est évident. Si la part de fondateur peut être assimilée à l'action on doit soutenir qu'elle est une action d'apport, il faut alors lui appliquer l'art. 2 de la loi de 1893 et décider qu'elle ne sera pas négociable avant deux ans. Si elle ne constitue qu'une créance, aucune de ces dispositions ne pourra lui être appliquée.

De vives controverses se sont élevées à ce sujet : elles durent encore.

Qu'est-ce que la part de fondateur ? C'est un titre attribué d'ordinaire aux fondateurs d'une société à raison des services par eux rendus au moment de sa constitution ; il leur assure une certaine part dans les bénéfices, bien qu'ils n'aient fait en réalité aucun apport en nature.

Il semble bien au premier abord que toute hésitation devrait être impossible : l'action présente des caractères que l'on ne rencontre pas dans la part de fondateur :

- 1° L'action représente une fraction du fonds social ;
- 2° Elle comporte le droit de choisir les mandataires de la société, de contrôler leurs actes et de discuter leurs comptes ;
- 3° Elle permet à son titulaire ou à son porteur d'exercer une action en justice contre les gérants à l'occasion de leur mandat.
- 4° Enfin l'actionnaire peut dans certaines hypothèses prévues par la loi agir contre les gérants ou les administrateurs de la société (articles 17 à 39 de la loi de 1867).

Que trouvons-nous en matière de parts de fondateur ?

1° La part de fondateur ne représente par définition aucune fraction du capital social.

2° Celui qui la possède ne participe pas à la nomination des administrateurs ou gérants de la société.

3° Il n'a aucun droit de contrôle sur les opérations et ne discute aucun compte.

4° Il n'a pas d'action en justice contre les gérants. Il a seulement le droit d'agir contre la société lorsqu'il éprouve un préjudice à raison de résolutions antistatutaires ou contraires en ce qui le concerne au pacte social.

Le seul droit commun à l'actionnaire et au porteur de part, c'est un droit aux bénéfices.

Plusieurs systèmes ont été présentés sur cette question des parts de fondateur.

1° Pour les uns (1) la part serait une action. Le seul caractère essentiel de l'action est, pour eux, la participation aux bénéfices : le droit de toucher des dividendes. On dit que les fondateurs n'ont fait aucun apport et qu'ils n'ont rien versé dans le capital social. C'est une erreur : les fondateurs ont apporté leurs idées, leurs conseils et leurs travaux. Il y a plusieurs capitaux sociaux, l'un qui paraît dans les papiers de la société : c'est le capital énoncé : on dit « société au capital de tant de millions » ; l'autre ne se voit pas : il existe cependant, il consiste en un apport immatériel, c'est le capital-travail, rémunéré au moyen de parts de fondateur : ces titres sont donc des actions, soumises comme telles aux lois de 1867 et de 1893.

Cette solution s'appliquera même si les parts de fonda-

(1) THALLER : *Droit com.* p. 315. — LYON-CAEN et RENAULT, II, 560 bis.
— THALLER : *Rev. critique*, 1881, p. 534, 1887, p. 220. — 6 février 1887,
29 février 1888. S. 89. I, 417. Note Chavegrin.

teur sont données en rémunération d'un apport matériel : cela permettra d'éviter des fraudes tendant à attribuer à l'apporteur des parts de fondateur négociables immédiatement au lieu de lui remettre des actions d'apport non négociables pendant deux ans. Grâce à ce système la loi de 1893 ne pourrait être tournée.

D'après une deuxième opinion, il faudrait voir là une part sociale *sui generis* (1). Ce système est une variante du premier. Le gros argument en sa faveur, c'est le motif utilitaire : si la part de fondateur n'était pas une part sociale, le porteur de part ne serait pas un associé ; l'article 4, loi 1867 ne lui serait pas applicable : il pourrait sans contrôle aucun s'attribuer une part considérable dans les bénéfices.

Ces deux systèmes doivent être rejetés.

Au fond, quand nous nous demandons quelle est la nature de la part de fondateur, cette question revient à se demander : l'apporteur en nature rémunéré au moyen de parts de fondateur doit-il être considéré comme un associé ? Il faudrait répondre affirmativement si nous adoptions l'un des deux systèmes précédents et cependant nous arriverions à des bizarreries. Ces deux systèmes aboutiraient à créer des associés qui n'auraient aucun droit sur l'actif social et qui ne pourraient jamais participer aux assemblées générales. Et pourtant ces deux droits sont des droits essentiels de l'associé. D'ailleurs, le bien livré à la société par le porteur de parts ne saurait faire partie du capital social. Il n'aurait pas le caractère

(1) HOUPIŒ : *Tr. des Soc. civ. et com.*, n° 37. — *Journ. des Soc.*, 1894, p. 184 et s. — BOUSQUET : *J. de S.*, 1885, p. 746 et s. — PERCERON : *Fondateurs de soc. an.*, p. 170.

d'un apport. Le titre remis en échange ne porte pas, en effet, la mention de sa valeur; il ne donne pas les droits que comporte l'action; ne serait-ce pas plutôt un titre de créance? C'est l'opinion de la jurisprudence (1).

Elle est combattue par les autres systèmes qui objectent que non seulement la part de fondateur donne droit à des dividendes tout comme l'action, mais encore que le porteur de ces titres court une chance de gain ou de perte tout comme l'actionnaire. Il met, en effet, ses services en commun et c'est là son apport. Si la société ne réussit pas, il perd le profit qu'il aurait pu retirer de son travail. Il a donc fait à la société un apport soumis à des chances de gain ou de perte: il est donc associé. Cette objection doit être repoussée. Le porteur de part est un créancier: il a, non pas apporté, mais prêté ses services; dans notre hypothèse, l'apporteur a prêté, non pas le bien remis à la société, mais le service de le remettre. Il le fait à ses risques et périls. La société ne peut lui offrir qu'un remboursement conditionnel: le prix du service, c'est une participation aux bénéfices; la condition, c'est la réussite éventuelle de la société. Cette participation sera plus ou moins forte suivant la valeur du service rendu: elle sera, dans l'hypothèse, égale à la valeur de l'apport. Si le porteur veut se faire payer immédiatement, il ne pourra contraindre la société à l'indemniser, mais il pourra négocier son titre de créance.

Ce qui frappe le plus en cette matière, c'est l'inégalité existant entre la situation de la société et celle du porteur de parts: la première est bien meilleure que la seconde.

(1) V., Seine, 5 nov. 1884. — D. 95, II, 297.

C'est une « très bonne affaire » pour la société ; c'en est peut-être « une très mauvaise » pour le porteur. Cette remarque renverse l'objection d'après laquelle, attribuer le caractère de créance à la part de fondateur, c'est soustraire ce titre aux lois de 1867 et de 1893 et favoriser la fraude. Il est vrai, qu'ainsi considérée, la part de fondateur sera négociable immédiatement, mais où sera l'inconvénient : si un propriétaire livre son bien contre une espérance de bénéfices, c'est qu'il aura confiance dans les destinées de la société. Il ne pourra d'ailleurs négocier ses parts aussi facilement que des actions : le public sera mis en défiance par la forme du titre. Il sait qu'il n'aura aucun droit sur le capital social, qu'il n'aura aucun droit d'administration dans la société. Il aura tout intérêt à se renseigner.

Pratiquement, l'hypothèse se présentera d'une manière différente ; il est rare que l'apporteur ne soit rétribué qu'en parts de fondateur. Il s'agit, la plupart du temps, d'apporteurs qui ont déjà reçu des actions d'apport ; ils se font en outre attribuer des parts de fondateur. Les deux premiers systèmes déclarent que ne pas soumettre ces titres à la loi de 1893, c'est favoriser la majoration des apports. Mais l'objection tombe d'elle-même ; d'abord les parts de fondateur sont des avantages particuliers soumis à la vérification dont parle l'article 4, loi de 1867. Puis, la majoration d'apport ne peut se produire et être dangereuse que par les actions d'apport ; elle conduit en effet à créer un capital fictif et improductif que l'on doit rémunérer. Les tiers se voient offrir des titres qui sont à tort considérés comme libérés : de là des gênes dans le fonctionnement de la société et des lourdeurs sur la négocia-

tion des valeurs ; mais tout ceci n'est à craindre qu'avec des titres représentant une portion du capital social.

Rien de tel à redouter avec les parts de fondateur même immédiatement négociables : si l'apporteur reçoit un chiffre de parts d'une valeur supérieure à celle des apports, la société n'aura pas à rémunérer un capital fictif : elle ne distribuera de bénéfices que si elle en réalise.

Au demeurant, si cette manière de voir est encore préjudiciable aux tiers acquéreurs de parts, il n'en faut pas conclure, pour éviter cet inconvénient, que la part de fondateur a une nature juridique autre que sa nature réelle. Il faut simplement regretter que le législateur n'ait pas envisagé et résolu cette question.

En résumé, il résulte de cette courte étude sur la part de fondateur :

1° Que l'action d'apport est le mode normal de rémunérer l'apport ;

2° Que l'apporteur peut recevoir en échange de ses biens des parts de fondateur ;

3° Mais qu'il perd alors son caractère d'associé apporteur, pour prendre celui de créancier éventuel et conditionnel de la société.

CHAPITRE IV

Sociétés dont le capital n'est formé que d'apports en nature.

Nous venons de déterminer les droits et les devoirs de l'apporteur dans les sociétés dont le capital comprend à la fois du numéraire et des apports. L'article 4 *in fine* de la loi de 1867 prévoit une hypothèse d'une nature spéciale : celle où la société se constitue entre les co-propriétaires indivis d'un bien. Dans ce cas, les droits des apporteurs sont les mêmes, mais aucune vérification des apports n'est exigée par la loi. Toutes les autres règles sont respectées; notamment, les actions attribuées en échange des apports seront estampillées conformément aux prescriptions de la loi de 1893; elles ne seront négociables que deux ans après la constitution définitive de la société.

La loi estime qu'ici toute vérification est impossible. Tous les apporteurs sont co-propriétaires du bien apporté. Les actions sont réparties entre eux. Ils ne peuvent donc prendre part aux délibérations, même si celui dont

l'apport est discuté se retirait; car puisqu'ils sont dans l'indivision, en votant sur l'apport de l'un, les apporteurs voteraient nécessairement sur leur propre apport. L'assemblée ne pourrait fonctionner dans ces conditions. D'ailleurs, puisqu'il n'y a pas d'appel au public, la vérification est inutile; les associés connaissent la valeur de l'apport; une vérification n'aurait pas même d'intérêt à leur égard.

Cette disposition de l'article 4 s'appliquera lorsque l'indivision existera sincèrement et réellement. Il va sans dire que l'état d'indivision doit être antérieur à la constitution de la société et avoir une autre cause qu'elle. La jurisprudence constante sur ce point ne fait qu'appliquer le principe général : *Fraus omnia corrumpit* (1). Quand les fondateurs d'une société déclarent des apports indivis entre eux, alors que la prétendue indivision n'a jamais existé antérieurement, l'intention frauduleuse est certaine; aucune difficulté ne devait ni ne pouvait s'élever sur ce point.

Il est naturel aussi que, si l'apport est dispensé de vérification, il soit réel et non fictif. S'il est en effet simulé, la société n'a pas d'objet. Elle ne pourra pas être valablement constituée.

Aussi bien cette règle ne soulève-t-elle aucune difficulté quand on se trouve dans le cas spécialement prévu par l'article 4 de la loi de 1867.

Quelle en est l'étendue d'application?

Elle s'applique à toutes les hypothèses de constitution

(1) Paris, 24 avril 1877. *Le Droit*, n° 30 sept. 1877. — Marseille, 1^{er} déc. 1897. *Journ. de Jurisp.*, 1898, I, 138. — HOUPIN, I, n° 499. D. Suppl. v. Société, n° 1320 et s.

de société. Fonctionne-t-elle aussi, quand une société en commandite simple ou en nom collectif se transforme en une société par actions et que les associés font apport à la nouvelle société de l'actif de l'ancienne? Il y aurait une raison de douter; c'est que la société commerciale est une personne morale propriétaire de ses biens. Quand elle change de forme, la propriété de ce capital passe de l'ancienne à la nouvelle société. Il paraît donc difficile de dire que les associés formant la société nouvelle en sont copropriétaires par indivis.

Mais, il suffit de rappeler que l'article 4 *in fine* a été précisément rédigé en vue de cette hypothèse. L'article 4 doit donc lui être appliqué. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de Paris du 23 avril 1884 (1).

Des difficultés se sont élevées sur le point de savoir si l'article 4 *in fine* doit s'appliquer quand les apports sont la propriété individuelle des apporteurs. La presque totalité de la jurisprudence soutient que, dans cette hypothèse, les apporteurs sont dispensés des formalités de vérification. La doctrine, au contraire, prétend démontrer que la vérification est utile et nécessaire.

Il semblerait qu'en présence du texte formel de la loi de 1867, aucune hésitation ne devrait être possible, ou tout au moins que tout devrait se ramener à une question d'interprétation de la volonté du législateur. S'il n'a voulu considérer que les cas où il est impossible d'accomplir les formalités de vérification, les conclusions de la doctrine sont exactes, car, d'après elle, il n'y a qu'une hypothèse où l'assemblée constitutive ne puisse fonction-

(1) D. 84, II, 206.

ner : c'est quand tous les apporteurs sont copropriétaires. Si, au contraire, il a voulu établir une différence entre les sociétés dont le capital n'est formé que d'apports en nature et celles dont le capital est formé à l'aide de souscriptions publiques, c'est la solution de la jurisprudence qui est exacte. Or, il résulte d'une manière évidente de tout l'ensemble des dispositions législatives de 1867 qu'une telle différenciation n'a point été faite. Lors de la rédaction de la loi de 1867, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, le législateur n'avait en vue qu'une hypothèse très spéciale. Il semble donc que le système de la jurisprudence doive être rejeté.

Aussi bien cette jurisprudence n'invoque-t-elle pas cet argument.

Elle donne au débat une portée beaucoup moins large. Comme la doctrine, elle part de cette idée que la loi a dérogé à son principe de prudence parce qu'il lui était impossible de l'appliquer. Seulement, pour la doctrine, les mesures de précaution sont applicables quand les apporteurs sont propriétaires individuels des apports. Pour la jurisprudence, même dans ce cas, le fonctionnement de la procédure de vérification ne peut avoir lieu.

En effet :

1° La loi prescrit pour la vérification la réunion de deux assemblées. Elle détermine les conditions du vote, soit quant au nombre des associés qui doivent être présents à ce moment, et au chiffre du capital représenté, soit quant à la majorité obtenue pour l'approbation de l'apport. Elle prend soin d'exclure du vote les associés qui ont fait l'apport.

Le capital social représenté par les associés qui ont voix

délibérative, n'est que le capital numéraire. Dès lors, si le capital social ne comprend que des apports, force est de renoncer à la vérification, que les apporteurs soient copropriétaires ou simplement propriétaires individuels du bien apporté (art. 4, 24, 25, 30 loi du 24 juillet 1867).

2° Une vérification serait inutile, même si elle était possible. Cette procédure ne présente d'utilité que si l'on fait appel à la souscription publique, c'est-à-dire au capital numéraire. Dans ce cas, en effet, on peut redouter un antagonisme entre ces capitaux de nature différente : on peut attribuer aux apports une valeur exagérée au détriment des actionnaires en numéraire. Si l'élément numéraire n'existe pas, il n'y a rien de tel à craindre. Il n'y a plus de danger d'exagération des apports : la vérification serait donc inutile (1).

Le système admis par la doctrine réfute les arguments présentés par la jurisprudence :

1° Quand la loi prescrit la réunion de deux assemblées, quand elle en règle les conditions de formation, qu'elle détermine le nombre de voix dont la majorité doit être formée, elle exclut, il est vrai, le vote de certains apporteurs, mais desquels ? Des associés dont l'apport est soumis à la vérification. Le capital social représenté sera diminué du montant de quels apports ? Non pas du montant de tous les apports en nature, comme voudrait l'établir la Cour de Cassation, mais du montant des apports soumis à la vérification. Quel'on prenne l'article 4 qui traite

(1) La Réunion, 16 juin 1876, D. 78, II, 201 ; 20 avril 1880. Rej. D. 80, I, 268. — Paris, 20 mars 1891, *Journ. des Soc.*, 1891, p. 519. Rej., 9 nov. 1887, D. 88, I, 202. — Paris 7 mai 1892, D. 92, II, 323, *Journ. de Jurispr.* 93, II, 10.

des commandites par actions, que l'on prenne l'article 30 qui s'occupe des sociétés anonymes, la disposition de la loi est toujours la même : le législateur ne retranche du capital social représenté que le montant de l'apport non soumis à vérification. Il en faut donc conclure que le capital-apport, sauf la restriction ci-dessus, est pris en considération. La réunion des assemblées constitutives n'est donc pas impossible, même si le capital social n'est formé que d'apports en nature. La procédure de vérification aura lieu si les apports constituent la propriété individuelle des apporteurs.

2° La vérification est utile. Quand l'apport est la propriété indivise de tous les apporteurs, il est exact de dire que la fraude est impossible, au moins dans les rapports des apporteurs entre eux ; car l'exagération de la valeur de l'apport profite à tout le monde, chacun ayant des droits égaux sur le bien apporté. Si, au contraire, le capital social est formé non pas d'un apport, mais de plusieurs apports individuels de quelques personnes, la vérification est utile et doit être opérée. Il est vrai qu'il n'y a pas en présence un capital-apport et un capital-numéraire, que le premier ne peut donc être exagéré aux dépens du second. Mais, l'antagonisme existe entre tous les apporteurs les uns par rapport aux autres : Primus, par exemple, a intérêt à ce que son apport soit évalué plus haut que l'apport de Secundus et de Tertius. Si l'on supprime la vérification, cette majoration se produira au préjudice des autres associés d'abord, des tiers qui seront appelés à contracter avec la société ensuite.

On objecte qu'une vérification faite par des apporteurs soumis eux-mêmes à la même formalité ne présente pas

beaucoup de sécurité, qu'il faudra craindre bien des complaisances ; mais, il faudrait supposer que tous les apporteurs sont également malhonnêtes. C'est une hypothèse qui n'est pas aussi fréquente que le premier système semble le supposer. Ces formalités permettent aux associés de mieux connaître leurs apports mutuels. Donc, même dans ce cas, la procédure de vérification présente une utilité.

3° Enfin, le premier système fait bon marché du texte de l'article 4 (loi de 1867). La loi est formelle : elle parle en termes absolus d'une société formée entre ceux-là seulement qui sont propriétaires indivis (1).

Tels sont les deux systèmes présentés. Il est difficile de choisir entre les deux. Si le premier est adopté, il faut ne tenir aucun compte de l'article 4 *in fine* : nous ajoutons ainsi au texte de la loi ; ce qui est une mauvaise méthode d'interprétation. Si le deuxième doit l'emporter, nous nous trouvons en contradiction avec l'opinion que nous avons soutenue, d'après laquelle la voix délibérative est retirée d'une manière absolue à l'apporteur quand il s'agit de voter dans les assemblées constitutives.

Le système extensif de la jurisprudence est fondé pratiquement, sinon rationnellement. Les questions de quorum et de majorité en matière d'assemblées constitutives sont très délicates. La jurisprudence les supprime dans notre hypothèse. De deux maux, fraudes possibles et

(1) V. note Labbé sous Cas. préc. S. 81, I, 3. — LYON-CAEN et RENAULT : II, 748. — PONT : *Soc. civ. et comm.* II, nos 972 et 1009. — BESLAY : *Soc.* n° 483 et suiv. — RUBEN DE COUDER : *Dictionnaire de droit comm.*, n° 133. — HUPIN : I, n° 499. — MATHIEU : *Gazette des Tr.* 5 et 6 février 1877. — ROUSSEAU : *Questions nouvelles sur les sociétés*, p. 63 et suiv.

vérification pleine de difficulté, elle choisit ou croit choisir le moindre. La doctrine, au contraire, veut que la sécurité soit aussi grande que possible ; elle respecte la loi, mais elle conduit :

1° A des complications lors de la formation des premières assemblées générales ;

2° A des vérifications d'une sincérité douteuse.

Malgré ces considérations, il faut, croyons-nous, se ranger à l'opinion de la doctrine. Non point que les arguments présentés soient décisifs : pour nous, l'apporteur, en aucun cas, ne doit avoir voix délibérative : une vérification opérée dans de telles conditions ne donnera pas grand résultat et ne sera pas une mesure de protection très efficace. Mais nous ne pouvons méconnaître la disposition de l'article 4 *in fine* ; c'est le seul motif qui nous pousse à l'adoption de ce système qui n'est pas bon. La jurisprudence donne une solution répondant à des nécessités pratiques, mais qui en soi n'est pas meilleure. Elle ne tient aucun compte ni de la lettre ni de l'esprit de la loi : l'article 4 *in fine* n'a pas été écrit pour tous les cas où la vérification serait impossible. Il a été édicté pour une hypothèse bien déterminée, celle où une société en commandite simple ou en nom collectif se transforme en société par actions. La portée de ce texte n'est donc pas susceptible d'extension. C'est au législateur qu'il appartiendrait de le modifier.

Les difficultés que nous rencontrons ici montrent combien ces modifications seraient nécessaires. Au fond, il n'est pas bon que la constitution d'une société échappe à toute surveillance. Il serait à souhaiter, au contraire, que dans tous les cas, elle fût soumise à un contrôle auquel

ne prendraient pas part les apporteurs. Certaines législations sont parvenues à vaincre cette difficulté.

Quoi qu'il en soit, la conséquence de ce système, c'est que : la nullité sera prononcée quand, dans l'hypothèse d'apports divis, la vérification n'aura pas eu lieu ; l'apporteur en sera responsable.

CHAPITRE V

Législation comparée. Conclusion.

Nous venons d'étudier les dispositions prises à l'égard des apporteurs en nature par la législation française. Elles se caractérisent essentiellement :

1° Par une distinction entre la qualité de fondateur et celle d'apporteur ;

2° Par l'obligation imposée à ce dernier de soumettre son apport à la vérification et à l'approbation des assemblées générales ;

3° Par l'obligation qui lui incombe de libérer intégralement les actions d'apport avant la constitution de la société ;

4° Par l'impossibilité où il se trouve de négocier ses actions pendant deux ans à partir de cette constitution.

Nous avons constaté que la jurisprudence :

1° Tendait à rapprocher l'apporteur du fondateur et à fondre les deux qualités l'une dans l'autre;

2° S'efforçait de donner à l'article 4 *in fine* une extension qu'il ne comportait pas par lui-même : qu'elle arrivait ainsi à éluder dans un grand nombre de cas les formalités de la loi de 1867.

Pour pouvoir apprécier la valeur de notre système, il est utile de se demander à quel régime est soumis l'apporteur dans les pays qui nous entourent. Nous étudierons la législation étrangère dans quatre paragraphes :

§ I. — Système italien ;

§ II. — Système belge ;

§ III. — Système germanique ;

§ IV. — Système anglais ;

et nous concluons dans un cinquième paragraphe.

§ I. — *Système italien.*

C'est le système qu'il faut placer en tête, car, de tous, il se rapproche le plus du système français. Il est contenu dans le Code de Commerce italien de 1882, mis en vigueur en 1883.

Le régime italien est plus libéral que le nôtre. Les obligations de l'apporteur sont très restreintes.

La valeur des choses faisant l'objet de l'apport peut être déterminée, soit dans le contrat d'apport, soit d'après l'estimation d'experts (art. 81).

Les fondateurs doivent indiquer dans l'acte constitutif ou dans les statuts des sociétés anonymes ou en comman-

dite par actions, la valeur des créances ou des biens qui font l'objet de l'apport (art. 89).

Ces apports sont ensuite soumis à l'assemblée générale qui approuve la valeur pour laquelle ils entrent dans la société, s'ils s'élèvent à une somme déterminée; sinon, ils sont soumis à un ou plusieurs experts nommés par l'assemblée générale (art. 134).

Il faut conclure de ces dispositions, que l'apporteur doit soumettre son rapport à l'assemblée générale, mais que c'est là sa seule obligation. Le Code italien, en effet, ne s'occupe pas de la libération intégrale de l'action d'apport; il n'établit contre elle aucune interdiction de négociation pendant un délai déterminé; il ne fait entre elle et l'action en numéraire aucune distinction. L'action n'est ni négociable, ni cessible avant la constitution légale de la société: cette vente ou cette cession serait nulle. Mais, c'est là une disposition d'ordre général s'appliquant à toutes les actions indistinctement (1).

Le code italien est donc animé d'un esprit plus large que notre loi de 1867. Il s'occupe des apports en nature d'une manière moins minutieuse que ne le fait la loi française et n'établit presque pas de disposition spéciale.

Il en faut rapprocher le Code roumain de 1887 (2), qui dans les articles 82 et 90 prend à l'égard des apports à peu près les mêmes mesures que le Code italien. Il en diffère en ce que la société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation du tribunal. A la demande d'approbation, les fondateurs doivent joindre :

(1) LUIGI FRANCHI : *Manuale del diritto commerciale*, I, p. 93.

(2) *Code roumain*. Traduction Jean Bohl.

1° Les titres de propriété des immeubles apportés et les billets de contribution y afférents ;

2° Deux exemplaires d'un inventaire complet indiquant la condition des biens mobiliers ou immobiliers apportés par les associés, ainsi que l'estimation de leur valeur.

§ II. — *Système belge.*

Ce système est très intéressant. Il est contenu dans le Code de commerce belge de 1873 modifié par une loi de 1886.

La loi belge s'est inspirée des mêmes besoins que la loi française : comme le législateur français, le législateur belge redoute les fraudes auxquelles peuvent donner lieu les apports en nature et les catastrophes qui en sont la conséquence.

Mais il emploie pour les éviter des moyens différents : autant la loi française est minutieuse dans ses prescriptions, autant la loi belge se montre peu soucieuse de prendre des mesures de détail. Les différences qui existent entre ces deux législations tiennent à deux faits :

1° Le législateur belge, tout en voulant faire cesser les fraudes, concède à l'actionnaire et au public plus de sagesse et de prudence que ne le fait le législateur français. Il s'en remet à lui du soin d'examiner et de vérifier les apports.

2° Il assimile l'apporteur au fondateur et ne le soumet pas à des règles qui lui soient spéciales. Il a les mêmes droits, mais aussi les mêmes devoirs.

La loi belge distingue deux formes de constitution de la société.

La première qui prend le nom de *constitution simultanée* se produit par un acte auquel tous les associés interviennent. On n'exige pas d'autre forme que celle de l'authenticité. Ce mode correspond par l'absence de formalités à notre constitution de société entre les propriétaires par indivis d'un bien. Mais, en Belgique, peu importe que les apporteurs soient dans l'indivision ou qu'ils soient propriétaires individuels du bien apporté.

La deuxième est la constitution au moyen de souscriptions. Elle consiste :

1° Dans la rédaction et la publication préalable à titre de projet de l'acte de société ;

2° Dans la souscription : l'acte de souscription contient un certain nombre de mentions parmi lesquelles celle des apports et des avantages consentis en échange.

Les apporteurs peuvent leur attribuer la valeur qu'ils veulent. Chacun des souscripteurs peut de son côté prendre sur l'apport tous les renseignements qu'il juge nécessaires. L'acte de souscription porte convocation des actionnaires à une assemblée générale qui décidera de la constitution définitive de la société. C'est dans cette assemblée qu'on appréciera la valeur donnée aux apports.

Il est facile de constater par ce rapide exposé du système que la loi belge ne cherche pas à réglementer chaque point de détail. Elle veut seulement créer une situation telle que le public soit à même d'apercevoir la fraude et de l'éviter.

Ce système conduit à une diminution considérable des

obligations de l'apporteur. Celui-ci reste bien tenu d'obligations générales telles que : faire un apport réel, s'abstenir de tout dol, ne pas prendre part au vote dans l'assemblée constitutive (1), mais :

1° Il n'a pas à provoquer de vérification, chaque actionnaire pouvant vérifier l'existence de l'apport;

2° Il ne lui est pas interdit de recevoir des actions partiellement libérées : le législateur belge tend à n'établir aucune distinction entre le capital-apport et le capital-numéraire (2); l'action d'apport, comme l'action en numéraire, peut être libérée d'un dixième seulement. L'action mixte est légale (3);

3° Il peut, dès la constitution de la société, négocier les actions qui lui sont attribuées en échange de ses apports : comme l'action en numéraire, l'action d'apport reste nominative jusqu'à son entière libération. Là encore, il y a une assimilation de l'apporteur à l'actionnaire ordinaire.

La responsabilité de l'apporteur est la même que celle du fondateur, puisqu'il est fondateur lui-même.

Tel est le système belge. Que vaut-il? Il faut reconnaître que le législateur a fait de louables efforts pour assurer le libre développement des sociétés, tout en cherchant à éviter les multiples inconvénients des apports. Il y réussit en partie, quand il déclare l'apporteur tenu comme un fondateur. L'apporteur doit non seulement faire un apport sérieux, mais il est contraint à surveiller

(1) NAMUR : C. de commerce belge révisé, II, n° 974.

(2) SIVILLE : *Traité des sociétés anonymes belges*, I, n° 241.

(3) SIVILLE, I, n° 291 et suiv., et les références qu'il indique.

activement les fondateurs. Le public peut, jusqu'à un certain point, voir dans cette disposition une mesure de protection prise à son égard.

Par contre, le système de vérification adopté par la loi belge est insuffisant; car il sera bien difficile aux actionnaires de se renseigner exactement sur la valeur de l'apport.

Enfin, le système belge présente une disposition qui pourra donner passage à la fraude : c'est la constitution simultanée de la société. Nous savons que dans cette hypothèse la loi n'exige pas d'autre formalité que l'authenticité. Il sera facile, grâce à ce mode, de tourner les mesures de protection prises en faveur du public.

De ce Code nous pouvons rapprocher le Code espagnol de 1885 qui procède des mêmes idées. L'exposé des motifs indique les principes sur lesquels le système est fondé :

1° Liberté absolue pour les associés de constituer la société comme ils le jugent convenable.

2° Absence complète de toute ingérence administrative dans la gestion des sociétés.

3° Publicité de tous les actes intéressant les tiers.

Ces principes suffisent à nous expliquer pourquoi nous ne rencontrons aucune disposition spéciale aux apports. L'article 151 prescrit seulement de mentionner dans les statuts la valeur attribuée aux apports en nature, ou les bases sur lesquelles devra se faire leur évaluation.

§ III. — *Système germanique.*

L'Allemagne, depuis trente ans, a changé trois fois de législation commerciale. Elle a eu la Nouvelle de juin 1870, le Code de 1884. Elle est actuellement régie par le Code de commerce de 1897 entré en vigueur en 1900. Le régime des sociétés malgré ce triple changement n'a subi qu'une modification. En effet, il a été établi par la Nouvelle de 1870, puis complètement remanié en 1884; quant au législateur de 1897, il s'est efforcé, non point de modifier ce régime, mais d'assurer aux sociétés anonymes la place prépondérante.

La Nouvelle de 1870, quant à l'apporteur en nature, était caractérisée par une absence de précautions presque absolue. On se contentait, dans le contrat de société, de déterminer l'apport et de fixer le nombre des actions accordées en échange. Il n'y avait pas d'autre formalité que l'approbation du contrat de société par un vote de l'assemblée générale des actionnaires. Il n'y avait pas d'autre vérification que celle à laquelle, avant le vote, les actionnaires pouvaient se livrer pour leur compte personnel. L'apporteur n'avait pas voix délibérative. Les actions d'apport n'étaient soumises à aucun régime spécial (1).

Un pareil système ne devait pas tarder à donner des

(1) Le système belge ressemble beaucoup à cela. Ce régime est en vigueur en Hongrie. Nous trouvons dans ce pays la même absence de précautions. Ce qu'il est intéressant de remarquer, c'est que le Code hongrois de 1876 a été voté à une époque où par suite du système de 1870 les faillites de sociétés se multipliaient en Allemagne.

résultats désastreux. A la suite de fraudes en matière d'apports, il y eut de 1870 à 1878 un accroissement considérable des faillites de sociétés.

Une révision législative s'imposait. Elle fut terminée en 1884. Le Code de commerce de 1900 contient, à peu de chose près, le même système. C'est lui que nous allons étudier. Les références se rapporteront toutes au nouveau Code.

En Allemagne, comme partout, toutes les dispositions concernant les apports en nature sont inspirées par la crainte de la fraude.

Nous trouvons ici la même tendance qu'en Belgique : le législateur ne s'efforce point de prévoir ni de régler certaines hypothèses. Il cherche à créer une atmosphère telle que la fraude ne puisse s'y développer. Il use pour cela d'une large publicité : il diminue le nombre des cas de nullité. Enfin, pour augmenter le nombre des personnes responsables des vices de constitution, il assimile l'apporteur au fondateur et le déclare tenu de la même responsabilité.

L'apporteur est tenu de certaines obligations :

1° Il doit veiller à ce que les statuts soient rédigés conformément aux prescriptions de la loi, c'est-à-dire, que l'on indique dans cette rédaction :

- a) L'apport en nature ;
- b) La personne qui fait l'apport ;
- c) Le montant des actions attribuées en échange.

2° Les fondateurs (et par conséquent les apporteurs) doivent déclarer par écrit les motifs justifiant les sommes attribuées en échange des apports.

3° La constitution de chaque société est soumise au

contrôle d'un comité de direction et d'un conseil de surveillance. Si un membre de l'un de ces organismes est en même temps fondateur ou qu'il soit appelé à recevoir un avantage particulier, le contrôle doit être fait par des commissaires spéciaux. Ces commissaires sont nommés, dit l'article 192, par l'organisme préposé à la représentation du commerce, ou, à défaut, par le tribunal dans le ressort duquel la société a son siège. Les fondateurs sont donc exclus de cette surveillance. Les commissaires contrôlent les indications fournies sur les apports : ils doivent rendre compte des objections élevées contre la valeur qu'on leur attribue.

4° Les fondateurs (par conséquent les apporteurs) doivent déclarer la société à fin de transcription au registre du commerce du tribunal, dans le ressort duquel la société a son siège. Cette transcription a lieu :

a) Directement pour les sociétés dont toutes les actions ont été souscrites par les fondateurs ;

b) Après la réunion préalable d'une assemblée générale et un vote sur la constitution de la société, pour les sociétés dont toutes les actions n'ont pas été souscrites par les fondateurs.

Dans ces deux hypothèses, on doit transcrire : 1° les indications fournies sur les apports conformément à l'article 186 ; 2° la déclaration écrite des apporteurs, telle qu'elle est prescrite par l'art. 191.

5° Les apporteurs ont la même responsabilité que les fondateurs. Ils répondent donc envers la société :

a) De l'exactitude et de l'intégrité des indications relatives aux stipulations prévues à l'article 186 et concernant les apports ;

b) Des dommages résultant d'apports faits de mauvaise foi. Mais dans ce cas la preuve de la bonne foi fait disparaître la responsabilité.

Les droits de l'apporteur en Allemagne sont plus étendus que ceux de l'apporteur en France.

Il a tous les droits d'un actionnaire ordinaire. On lui attribue des actions en échange de l'apport, mais ces titres restent soumis aux conditions générales qui régissent les actions. Ils ne sont cependant pas immédiatement négociables après la constitution de la société. L'article 203 interdit en effet à toutes personnes de faire des publications officielles tendant à mettre des actions dans la circulation et cela pendant les deux années qui suivent la transcription sur le registre du commerce.

Cette législation est remarquable ; elle a su garder une juste mesure et son application, tout en assurant au public une protection sérieuse, ne saurait nuire au développement des sociétés.

Comme la législation belge, elle assimile l'apporteur au fondateur. Elle le rend responsable de la même façon. Elle établit sur l'apport un contrôle sérieux, qui, remarquons-le, s'applique même aux sociétés formées sans appel à la souscription publique. Le législateur allemand évite ainsi la plupart des fraudes que favorise cette forme de constitution et contre lesquelles la plupart des législations sont impuissantes. Le contrôle s'exerce par d'autres organes que les assemblées générales. Il peut fonctionner en dehors d'elles, et il n'en est que plus efficace. Aucune constitution de société ne lui échappe.

Il faut donc voir dans cette législation un système très complet et très homogène.

§ IV. — *Système anglais.*

Le régime anglais des sociétés a été fixé par la loi du 7 août 1867 modifiée depuis par un grand nombre de textes.

Il ne contient pas de disposition spéciale aux apporteurs en nature. Cela résulte du mode de constitution des sociétés anglaises. Ces sociétés peuvent en effet se former sans que le capital soit entièrement souscrit. Un enregistrement sur des registres spéciaux leur donne la personnalité civile. Les actions peuvent être libérées par des paiements en numéraire ou par des apports en nature.

Dans ce cas l'émission d'actions non payées en espèces devra, au préalable, être signalée au *Registrar of joint stock companies* (1).

§ V. — *Conclusion.*

Nous venons de parcourir les principales législations étrangères. Ce rapide examen nous permet de connaître leurs tendances générales et de critiquer notre législation. Nous pouvons, en effet, constater :

1° Que les lois étrangères cherchent à défendre le public et les actionnaires en étendant le plus possible la responsabilité de l'apporteur ;

1) Voyez DESTRUELS : *Législation anglaise sur les sociétés anonymes*, p. 37.

2° Qu'elles font de sérieux efforts pour mettre à la disposition des associés futurs, des renseignements très précis sur les origines, la nature, la valeur de l'apport et qu'elles contraignent les apporteurs à fournir ces éclaircissements non pas d'une façon vague, mais d'une manière précise et par écrit. Tout au moins, c'est ce qui se passe en Allemagne ;

3° Que beaucoup (Belgique, Espagne) s'en remettent aux soins des associés de vérifier eux-mêmes les apports, mais que la plus récente (Allemagne) organise un système de vérification très rigoureux ; qu'elle y soumet toutes les sociétés, mêmes celles qui sont constituées entre les seuls fondateurs ;

4° Que la plupart distinguent entre les sociétés constituées au moyen d'une souscription publique et celles qui sont constituées entre les seuls fondateurs, sans s'inquiéter s'ils sont ou non copropriétaires de l'apport.

5° Que toutes écartent complètement l'apporteur et le fondateur du vote dans l'assemblée constitutive ;

6° Que si les législations déjà anciennes n'établissent pas un régime spécial aux actions d'apport, les législations les plus modernes empêchent pendant un certain temps la négociation de ces titres.

Ces tendances, pour la plupart, sont des tendances de progrès.

Enfin, remarquons que presque toutes ces législations sont guidées par une idée générale, que ce soit, comme en Belgique, l'idée de libre constitution de la société, ou, comme en Allemagne, l'idée de publicité absolue.

Que faut-il penser de notre législation, si nous la comparons à toutes celles que nous venons d'examiner ?

Nous sommes forcés de reconnaître que des critiques peuvent lui être adressées. Et d'abord, d'une manière générale, notre régime n'a pas d'unité, d'homogénéité. C'est un régime, ce n'est pas un système. Il lui manque pour mériter ce nom l'idée directrice que l'on trouve chez d'autres. A lire ces deux lois (de 1867 et de 1893), il semble que le législateur a cédé aux nécessités de l'heure présente, sans se demander si la solution qu'il donnait était la meilleure ou la plus logique. Du reste, la plupart des reproches que l'on peut adresser à ces deux textes se rattachent à cette absence d'idée générale.

1° Toutes ou presque toutes les législations étrangères ont attribué à l'apporteur une situation déterminée. En France il se trouve dans une position intermédiaire. Il n'est ni un actionnaire ordinaire, ni un fondateur : il est un peu l'un, un peu l'autre, et, tout compte fait, il devient assez difficile de dire ce qu'il est exactement. De là, bien des tâtonnements, de là bien des hésitations quand il s'agit de savoir quand il est responsable et de quelle responsabilité il est tenu.

2° La vérification des apports prescrite par la loi est défectueuse. Là encore, le législateur n'a pas su prendre des mesures nettes et précises. Nous avons vu quelles controverses s'élevaient à propos du vote des apporteurs dans les assemblées constitutives. Et comme à cette question viennent s'en joindre d'autres, celles, par exemple, de la composition des assemblées constitutives et de la majorité requise au sein de ces organismes, les solutions proposées par les auteurs ou la jurisprudence se multiplient, attestant les défauts de la loi.

3° La loi dispense de toutes formalités les sociétés for-

mées entre les copropriétaires par indivis de l'apport. Comment traiter les sociétés formées entre les propriétaires individuels des apports : la loi ne l'indique pas. Si l'on décide que l'apporteur n'a pas voix délibérative pour l'approbation d'apports quelconques, il faut permettre la formation de ces sociétés sans aucune formalité ; mais, alors, c'est violer ouvertement le texte de l'article 4 *in fine* (loi de 1867). Nous n'avons pu nous résigner à suivre la jurisprudence dans cette voie. Si l'on veut respecter la loi, si l'on exige que toutes les conditions de l'article 4 soient accomplies, il y a contradiction entre l'interdiction faite aux apporteurs de voter sur les apports et la solution donnée dans cette hypothèse de constitution.

Une disposition précise eût été de la plus grande utilité.

4° La loi du 1^{er} août 1893 (art. 2) exige qu'au moment de la constitution de la société, les actions d'apport soient intégralement libérées. C'est un texte de circonstance. L'article 2 n'est intervenu, en effet, que pour mettre fin à des discussions sans cesse renouvelées. Nous avons déjà montré que ce texte ne donne pas la solution la meilleure, ni la plus juste. Ce n'est pas la meilleure, car ce n'est pas la plus logique. Ce n'est pas la plus juste, car l'apporteur doit faire sur ses actions un versement initial beaucoup plus considérable que le souscripteur ; il ne touche, cependant, que le même dividende.

L'impression qui se dégage de cette loi, c'est donc bien celle-ci : le législateur semble avoir obéi à un besoin de sécurité. Mais il n'est pas parti d'une idée générale.

Une seule disposition paraît excellente : c'est celle de l'article 2 (loi du 1^{er} août 1893) interdisant la négociation

des actions d'apport pendant deux ans, à partir de la constitution de la société. Il y a là une mesure très sage, très efficace, destinée à mettre un terme à l'agiotage qui se produirait sur ces titres.

Il faut, de ces critiques, tirer une conséquence. En matière de société, au moins en ce qui concerne les apports, nous aurions besoin d'un système procédant d'une idée générale et dont toutes les conséquences seraient rigoureusement déduites. Il faudrait que le législateur se rendit compte des besoins du pays par l'étude de la jurisprudence : il faudrait qu'il en tirât des dispositions, non point isolées, mais rattachées à une idée unique, qui en serait comme l'idée mère et qui les expliquerait toutes.

Il pourrait aussi, pour arriver à dégager des principes plus généraux, examiner les législations étrangères et la jurisprudence des différentes nations.

Les éléments ne font pas défaut. La jurisprudence française donne au mot « fondateur » une portée toujours plus grande. Ce terme finit par englober le mot « apporteur » et, en réalité l'apporteur est souvent un fondateur. La plupart des législations étrangères assimilent les deux situations. Il est permis de dire qu'à ce point de vue notre jurisprudence a subi leur influence. Qu'en résulte-t-il ? La responsabilité de l'apporteur est plus étendue : et, comme il a intérêt à l'engager le moins souvent possible, il devient plus circonspect dans l'évaluation de ses apports : il exerce un contrôle sur les actes du fondateur. La sécurité est mieux assurée.

La jurisprudence écarte l'apporteur des assemblées constitutives seulement quand il s'agit du vote sur l'approbation de son apport. Les législations étrangères

tranchent la question et empêchent l'apporteur de voter, cela, d'une manière absolue.

La loi distingue les sociétés constituées entre les copropriétaires de l'apport, et les autres sociétés par actions. La jurisprudence, au contraire, tendrait à distinguer les sociétés constituées à l'aide de souscriptions d'une part, les sociétés constituées entre fondateurs de l'autre. Là encore, un droit commun législatif s'est formé dans le sens de cette distinction.

On le voit, les éléments ne manquent pas. Il suffirait de les grouper. L'idée qui dominerait une loi nouvelle pourrait être une idée de publicité absolue : dans les statuts, dans les actes de souscription, on donnerait sur l'apport les détails les plus précis. L'apporteur serait tenu de fournir les premiers renseignements et il serait responsable de leur exactitude.

Les apports seraient vérifiés par des commissaires spéciaux élus par une assemblée générale ou choisis par le tribunal. Ils seraient approuvés sur rapport des commissaires dans une deuxième assemblée. Mais, ni dans l'une ni dans l'autre, les apporteurs n'auraient voix délibérative. Ce contrôle serait exercé quel que soit le mode de constitution de la société.

L'apporteur recevrait des actions même partiellement libérées : ce serait une mesure de justice dont personne n'aurait à se plaindre. Il faudrait d'ailleurs maintenir la non-négociation de l'action pendant un laps de deux ans à partir de la constitution.

On aurait ainsi un système complet, précis, homogène. Les obligations de l'apporteur seraient bien déterminées, ses droits nettement délimités.

Une première fois, la réforme complète de la loi de 1867 a été tentée en 1884. Cette tentative n'a abouti qu'à des demi-mesures ; la loi de 1893 est un vestige de l'ancien projet.

Les réformes que nous indiquons seraient sages : elles protégeraient les actionnaires et les tiers, sans gêner le développement des sociétés. Puissent-elles un jour se réaliser !

Vu :

Lyon, le 10 juin 1901.

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE.

EM. COHENDY.

Vu :

Lyon, le 9 juin 1901.

LE DOYEN DE LA FACULTÉ.

E. CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 10 juin 1901.

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE.

Président du Conseil de l'Université,

G. COMPAYRÉ

TABLE

INTRODUCTION	4
CHAPITRE PREMIER — <i>De l'apporteur</i>	5
<i>Section I.</i> — Quand est-on apporteur ?	5
<i>Section II.</i> — L'apporteur peut-il être assimilé à d'autres membres de la société ?	12
CHAPITRE II. — <i>Obligations de l'apporteur</i>	23
<i>Section I.</i> — L'apporteur est-il obligé de faire un apport réel ?	23
<i>Section II.</i> — Obligation de faire procéder à une vérification sérieuse des apports et à leur approbation	38
CHAPITRE III. — <i>Droits de l'apporteur</i>	47
<i>Section I.</i> — Du droit de voter pour approbation des apports	48
<i>Section II.</i> — Droit à une contre-valeur.	75
CHAPITRE IV. — <i>Sociétés dont le capital n'est formé que d'apports en nature</i>	105
CHAPITRE V. — <i>Législation comparée. — Conclusion</i>	115

LYON

IMPRIMERIE A. STORCK & C^{ie}

8, Rue de la Méditerranée, 8
